

# O Tráfico de Seres Humanos e o Auxílio à Emigração Ilegal – A Consunção e a Necessidade de Uma Cláusula Legal de Especialidade ou de Subsidiariedade Expressa

*Cristina Almeida e Sousa*

(Juíza de Direito, Juízo Central Criminal de Santarém)

## **1. Apresentação do problema**

O tráfico de pessoas constitui um fenómeno planetário resultante de múltiplos factores, com consequências devastadoras, quer para as suas vítimas, quer para as infra-estruturas sociais e económicas dos países de origem, de destino e de trânsito, que envolve gravíssimas violações de vários direitos humanos e a proliferação de outro tipo de criminalidade conexas e, muitas vezes, altamente organizada e perigosa, para a vida comunitária e para os próprios alicerces das democracias, já apelidado, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de «escravatura moderna»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> No case of law M. and Others v. Italy and Bulgaria, citado no Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf): «Trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere. It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed. It involves the use of violence and threats against victims,

Por seu turno, a migração é um processo que envolve a deslocação de alguém de um local para outro, seja dentro de um mesmo Estado, ou de um Estado para outro, ou, até mesmo, entre diferentes continentes.

Os fluxos migratórios e a incriminação das práticas ilegais de deslocação, entrada e permanência de cidadãos estrangeiros em outros países, em termos conceptuais estritos, referem-se a um reduto importante da soberania dos Estados e a questões de ordem pública.

Depois da segunda guerra mundial, a proliferação de tratados e acordos internacionais em matéria de direitos humanos, por um lado, a criação da Comunidade Económica Europeia e da sua actual sucessora, União Europeia, por outro, deslocaram os centros de poder e de decisão, das instituições nacionais

---

who live and work under poor conditions. It is described in the explanatory report accompanying the Anti-Trafficking Convention as the modern form of the old worldwide slave trade (M. and Others v. Italy and Bulgaria, § 151)».

Também, no case of law *Rantsev v. Cyprus and Russia*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmou: «There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention (§ 282), citado no Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights, “[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf)”.

Sobre as múltiplas consequências, quer na vertente da violação das liberdades fundamentais e da dignidade humana das vítimas, quer dos fenómenos de criminalidade conexas e organizada, bem como, do impacto do tráfico de seres humanos, nas economias e nos sistemas políticos, cfr.:

Conklin, Jeff (2005), “Wicked problems & Social Complexity” in *Dialogue Mapping: Building Shared Understanding of Wicked Problem*, em “<http://cognexusgroup.com/wp-content/uploads/2013/03/wickedproblems.pdf>”, Chuang, J. (2006). *Beyond a snapshot: Preventing human trafficking in the global economy*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13 (1), 137-163, em “<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=1323&context=ijgls>”, Batie, Sandra S., Schweikhardt, David B. (2010), “Societal concerns as Wicked Problems: the case of Trade Liberalisation” in *Policy responses to societal concerns in food and agriculture: proceedings of an OECD workshop*, pp. 21-36, em “<https://www.oecd.org/tad/agricultural-policies/46837988.pdf>”, Jernigan, Sarah M. (2015), *Human Trafficking as a wicked problem: An analysis of five Indian NGO Leaders Combating Traffickers*, University of Cincinnati, Division of Graduate Studies and Research of the University of Cincinnati in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Arts in the Department of Communication of the College of Arts and Sciences, em “[https://etd.ohiolink.edu/!etd.send\\_file?accession=ucin468337383&disposition=inline](https://etd.ohiolink.edu/!etd.send_file?accession=ucin468337383&disposition=inline)”, Morgado, Carlos Nuno da Maia (2014), *O fenómeno da criminalidade itinerante*, X Mestrado em Direito e Segurança, Ano Letivo 2011-2014, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, em “[https://run.unl.pt/bitstream/10362/16888/1/Morgado\\_2014.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/16888/1/Morgado_2014.pdf)”, e UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, (United Nations publication, Sales No. E.16.IV.6), em “[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016\\_Global\\_Report\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf)”.

para organismos internacionais, limitando de forma crescente as soberanias dos Estados, das quais, quase só restam as fronteiras, sendo essa uma das razões pelas quais as políticas de limitação da entrada de estrangeiros, assumem tanta importância para os países<sup>2</sup>.

O problema concreto que o presente texto pretende abordar, é o de saber como enquadrar jurídico-penalmente duas realidades – tráfico internacional de seres humanos e fluxos migratórios ilegais – quando as mesmas se juntam nos mesmos sujeitos passivos e nos mesmos sujeitos activos, ou, como frequentemente sucede, os autores dos factos são diferentes, mas participam, em co-autoria, ou sob outra qualquer forma de participação, em todo o trajecto percorrido pelas vítimas, desde que deslocadas dos seus países de origem, até Portugal, entrando, transitando e permanecendo de forma ilegal, segundo os critérios estabelecidos na Lei 23/2007 de 4 de Julho e, aqui, são sujeitas a alguma ou a várias das formas de opressão, abuso e violência das contempladas na incriminação do artigo 160º do Código Penal e, assim, pessoas que começaram por ser emigrantes ilegais, acabam como vítimas de tráfico de seres humanos.

## **2. A consunção pura e a consunção impura**

No Direito Penal, quando um comportamento humano é subsumível a várias normas legais incriminadoras, porque nesse comportamento se reúnem todos os elementos constitutivos dos tipos de ilícito e de culpa nelas previstos, nem sempre os resultados da interpretação conduzem à aplicação simultânea e concorrente de todas essas normas e ao correspondente regime sancionatório contido no art. 77º do Código Penal, da pena única resultante do cúmulo jurídico entre as penas parcelares aplicadas aos diversos crimes praticados.

---

<sup>2</sup> Gowlland, Debbas (ed.) *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*. Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, p. xii, Salt, Jonh. Current trends in internal migration in Europe. November, 2001, em "[http://www.coe.int/T/E/Social\\_Cohesion/Migration/Documentation/Publications\\_and\\_reports/John%20Salt%20Report%20on%20Current%20Trends%20in%20International%20Migration%20in%20Europe.pdf](http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/Migration/Documentation/Publications_and_reports/John%20Salt%20Report%20on%20Current%20Trends%20in%20International%20Migration%20in%20Europe.pdf)", Dauvergne, Catherine, Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times. 67 Mod. L. Rev 588 2004, p. 588, e Kapur, Ratn, Travel Plans: Border Crossings and the Rights of Transnational Migrants, 2005, Harvard Human Rights Journal / Vol. 18, pp. 107-138.

A exacta sintonia entre pluralidade de normas penais concretamente aplicáveis e pluralidade de crimes realmente cometidos está reservada, exclusivamente, para as situações de concurso real de infracções, aferido à luz do disposto no art. 30º nº 1 do Código Penal e dos critérios doutrinários propostos para a sua interpretação, essencialmente, pelos Professores Eduardo Correia e Figueiredo Dias<sup>3</sup>.

Se a subsunção da conduta humana a várias normas incriminadoras é meramente formal, e, portanto a plúrima violação de tipos legais de crimes ou a pluralidade de factos puníveis é, tão só, aparente, porque da interpretação da lei e das relações lógico-jurídicas que se estabelecem entre elas, resulta que só uma das normas tem aplicação, ou que a mesma norma deve funcionar uma só vez, sob pena de violação do princípio geral *ne bis in idem* (art. 29º nº 5 da Constituição da República Portuguesa), conseqüentemente, de a aplicação das várias penalidades, como se estivessem em concurso efectivo de crimes, nos termos do artigo 77º do Código Penal, constituir uma afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade, (art. 18º da Constituição da República Portuguesa), então, não haverá concurso real de infracções.

São normalmente apontadas as regras da subsidiariedade; da especialidade e da consunção, para delimitar estes casos e apurar o modo como há-de ser

---

<sup>3</sup> Da pluralidade de violação de bens jurídicos visados com a incriminação contida na norma penal, no caso de a conduta preencher diversos tipos legais de crime, porque, necessariamente, nega diversos valores jurídico-criminais; ou, no caso de violação do mesmo tipo legal de crime, de pluralidade de resoluções criminosas, aferida por referência à análise dos diversos momentos ou fase da conduta delituosa e à «conexão temporal que, em regra e de harmonia com os dados de experiência psicológica, leva a aceitar que o agente executou toda a sua actividade sem ter de renovar o respectivo processo de motivação», segundo Eduardo Correia (Direito Criminal, II, 1988, p. 201 e seguintes e Unidade e Pluralidade de Infracções, Almedina, Coimbra, 1983, p. 94 a 98). Da possibilidade de serem autonomizados, na análise global da conduta humana, vários sentidos sociais de ilicitude jurídico-penal, partindo da premissa de que qualquer norma incriminadora é composta pelo tipo objectivo e pelo tipo subjectivo de ilícito e que o tipo objectivo tem como seus elementos constitutivos o autor, a conduta e o bem jurídico, bem como a de que, é a partir da análise conjugada de todos estes elementos e também da sua concatenação com o tipo subjectivo de ilícito que haverá de resultar apurado «o sentido jurídico-social do conteúdo de ilicitude material do facto que o tipo abrange». Se esse sentido for único, há um só crime. Se dessa análise concatenada resultarem diversos sentidos sociais de ilicitude jurídico-penal do comportamento global, há pluralidade de crimes, segundo Figueiredo Dias (Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, Tomo I, Coimbra, 2012).

concretizada a punição, de harmonia com a ideia fundamental, comum a todas as possíveis hipóteses de concurso aparente de normas ou de crimes (consoante as perspectivas), de que entre as diferentes normas jurídicas penais potencialmente aplicáveis, apenas uma delas esgota exhaustivamente a agressão ao bem jurídico, ou a materialidade típica, a ilicitude e a culpa reveladas, naquela conduta, excluindo, por conseguinte, a eficácia cumulativa das outras.

Na consunção, o comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada ou intensa, na concretização da violação do bem jurídico, ou a exponenciação máxima do sentido jurídico-social de ilícito, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*.

Os factos apresentam-se de *minus* a *plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fracção a um todo, havendo, pois, consunção quando o conteúdo de injusto de uma acção típica abrange, incluindo-o, outro tipo de crime, de modo que, de um ponto de vista jurídico, expressa de forma exhaustiva o desvalor de todo o comportamento.

Em matéria de consunção, de resto, à semelhança do que se passa no concurso efectivo, apesar de alguns aspectos comuns, as concepções dos professores Eduardo Correia e Figueiredo Dias partem de pressupostos diferentes.

Para o primeiro, do que se trata é de um concurso aparente de normas e para o segundo, a consunção ainda se move no concurso aparente de crimes.

Para Eduardo Correia, as relações de mais e de menos estabelecem-se entre os valores jurídico-penalmente protegidos, o que vale por dizer, entre as várias normas jurídicas formalmente aplicáveis, a partir da comparação entre elas, por via relações «mútua exclusão e subordinação» de tipos legais de crime, sob a perspectiva dos bens jurídicos que tutelam.

«Entre os valores protegidos pelas normas criminais verificam-se por vezes, relações de mais e menos: uns contêm-se já nos outros, de tal maneira, que uma norma consome já a protecção que a outra visa. Daí que, ainda com fundamento na regra *ne bis in idem*, se tenha de concluir que *lex consumens derogat legi consumtae*. O que, porém, ao contrário do

que sucede com a especialidade, só em concreto se poderá afirmar, através da comparação dos bens jurídicos violados»<sup>4</sup>.

Para Figueiredo Dias, diversamente, é, ainda, um concurso de crimes, embora impuro ou aparente (sendo, de resto, apenas no domínio de consunção que opera o concurso impuro ou aparente, pois que as regras da especialidade e da subsidiariedade já actuam na «unidade de lei»<sup>5</sup>).

Segundo a sua concepção, a presunção de que existe uma pluralidade de crimes quando, no comportamento global do agente, se descortina a coexistência de diferentes sentidos de desvalor jurídico-social autonomamente valorados em diferentes normas penais concretamente aplicáveis, resulta elidida, «porque os sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global se conexionam, se intercessionam ou parcialmente se cobrem, de forma tal que, em definitivo, se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social; por um sentido (...) predominante, quando lido à luz dos significados socialmente relevantes – dos que valem no mundo da vida e não no mundo das normas – (...)».

E se só um sentido social de ilicitude, entre os vários que o comportamento global do agente revela, é o dominante, o preponderante, ou principal, e, *hoc sensu*, autónomo, enquanto que o restante, ou os restantes, surgem, como dominados, subsidiários ou dependentes, então, a punição segundo as regras do art. 77º é inaceitável, seja porque é injusta, seja porque é inconstitucional, afrontado o princípio constitucional da proibição da dupla valoração dos mesmos factos pela Lei Penal.

Para ambos os professores, seja a partir da comparação dos bens jurídicos protegidos por cada um dos tipos legais de crime, seja na perspectiva das relações lógicas entre os resultados da interpretação das normas penais que convergem em torno de um mesmo acervo factual, quanto aos respectivos conteúdos e

---

<sup>4</sup> Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pág. 205.

<sup>5</sup> Figueiredo Dias, J., *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, p. 1002.

sentidos de ilícito, no confronto com o comportamento global, a aferição da existência da consunção tem de ser feita em concreto<sup>6</sup>.

Tanto à luz da concepção de Eduardo Correia, como da preconizada por Figueiredo Dias, em matéria de consunção, por efeito da aplicação da máxima *lex consumens derogat legi consuntæ*, a conduta do arguido será censurada pela norma que cominar a moldura penal mais grave, se esta for a que prevê o bem jurídico mais importante ou abrangente, ou se contiver o sentido autónomo de desvalor jurídico-social único ou predominante.

A consunção é, então, pura.

Dela se distingue a consunção impura, no pensamento de Eduardo Correia, que também excluí a eficácia cumulativa de uns preceitos legais, por outro, quando a descrição legal típica de um crime só se distingue de outro tipo legal «por uma circunstância tal que apenas se pode admitir tê-la querido o legislador como circunstância qualificativa agravante – verificando-se todavia, que a pena para ele cominada é inferior à do tipo fundamental»<sup>7</sup>.

Na tese de Figueiredo Dias, a consunção será impura quando na conexão, intersecção, ou abrangência de sentidos jurídico-sociais de ilícito expressos no comportamento global do agente, o crime predominante ou consumens é aquele cuja pena é a menos grave.

Esta modalidade de consunção postula o problema de determinação de qual o regime sancionatório aplicável, perante essa distonia entre o bem jurídico ou o facto punível mais abrangente ou predominante e a respectiva moldura penal abstracta mais branda, do que a prevista na norma legal ou para facto punível consumidos.

Uma das situações em que os sentidos e os conteúdos singulares e autónomos de ilicitude global, ou, noutra formulação, os bens jurídicos protegidos nas normas penais incriminadoras se interceptam, interligam e se

---

<sup>6</sup> Ou como refere Pedro Caeiro, em expressiva síntese conclusiva, a consunção é um «problema de valoração concreta de factos à luz de normas formalmente violadas» (in Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo III, p. 1108 (nota 2)).

<sup>7</sup> Direito Criminal, Vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 207.

cobrem mutuamente, de tal modo que, valorá-los na sua integralidade, significaria violação da proibição da dupla valoração, é a que sucede quando, para praticar um determinado crime, o agente pratica factos que, se analisados isoladamente, constituiriam um crime autónomo, mas que, naquele determinado contexto factual, estão para com o crime principal e inicialmente visado pelo agente, numa relação instrumental, naquilo a que costuma designar-se por crime meio e crime fim.

É o que efectivamente, pode suceder, em muitos casos, designadamente, naqueles que constituem o objecto de análise do presente texto e que se referem a fenómenos de criminalidade transnacional em que o crime de auxílio à emigração ilegal é um antecedente cronológico e lógico para a prossecução das finalidades de exploração, características do crime de tráfico de pessoas, sendo, pois, um modo de execução do tipo previsto no artigo 160º do Código Penal, ou, ao contrário, que também poderá acontecer, o tráfico de pessoas acaba por ser cometido durante o processo clandestino e fora das condições legais previstas na Lei 23/2007 de deslocamento de cidadãos estrangeiros, para Portugal, portanto, no âmbito do crime de auxílio à emigração ilegal.

Todavia, estribados na diferente natureza dos bens jurídicos protegidos, em cada um dos tipos incriminadores, alguns autores preconizam a existência de um concurso real de infracções entre o tráfico de seres humanos e o auxílio à emigração ilegal, ao passo que outros, defendem que os crimes estão, entre si, numa relação de concurso aparente de normas, a ser resolvido através da regra da consunção, mas apenas se os factos integradores de uns e de outros tipos de ilícito forem simultâneos, defendendo que se forem praticados em diferentes circunstâncias espaço – temporais, ainda que pelos mesmos autores, haverá concurso real de infracções, ao passo que outros ainda, entendem que os dois crimes se encontram, entre si, numa relação de alternatividade, em virtude de



nenhuma situação factual poder sustentar a coexistência simultânea dos dois tipos de ilícito<sup>8</sup>.

### **3. Os bens jurídicos visados com cada uma das incriminações e os respectivos elementos constitutivos**

#### **3.1. No artigo 160º do Código Penal**

A definição de tráfico de seres humanos que se encontra exarada no artigo 160º do CP resulta dos contributos introduzidos, primeiro, pelo conceito consagrado no artigo 3º alínea a) da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional adoptada em Palermo e aprovada, por Portugal, através do Decreto do Presidente da República nº 19/2004 e pela Resolução da Assembleia da República nº 32/2004, de 2 de Abril, da Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos - Convenção de Varsóvia, de 16 de Maio de 2005, aprovada em Portugal, através do decreto do Presidente da República nº 9/2008 de 14 de Janeiro, publicada no Diário da República, 1ª Série e da Directiva 2011/36/EU.

No artigo 2º nº 1 da Directiva 2011/36/EU o tráfico de seres humanos vem definido como o «recrutamento, transporte, transferência, guarida ou

---

<sup>8</sup> No sentido de o concurso aparente de crimes a resolver pelas regras da consunção, em caso de os factos integradores de ambos os crimes serem simultâneos, mas de concurso efectivo, se desconectados temporalmente, Pinto, Albano, “Imigração Ilegal e Tráfico de seres humanos: Investigação, Prova, Enquadramento Jurídico e Sanções”, em “Seminário Integrado Imigração Ilegal”, compilado em e-book do CEJ, decorrente de uma acção de formação contínua realizada em Lisboa, no CEJ, nos dias 2 e 3 de Fevereiro de 2012, pág. 71, em “www.cej.pt”. No sentido da existência de concurso real de infracções, embora à luz do CP segundo a revisão de 2007, Simões, Euclides Dâmaso, Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à Luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, Julgar Online, 2009. No sentido da existência de concurso real de infracções em resultado da diferente natureza dos bens jurídicos protegidos em cada uma das normas incriminadoras, no regime jurídico actual, Gameiro, Joana Daniela Neves, O Crime de Tráfico de Pessoas Contextualização da legislação nacional e internacional, análise do crime e comparação face a crimes conexos, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Orientador: Professora Doutora Maria João Antunes, Coimbra/2015, pp 49-50. No sentido de que os crimes estão entre si, numa relação de alternatividade, Mendes, Paulo Sousa, Tráfico de Pessoas, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Cadernos do CEJ, 1º semestre 2008, nº 8, págs. 170-171.

acolhimento de pessoas, incluindo a troca ou a transferência do controlo sobre elas exercido, através do recurso a ameaças ou à força ou a outras formas de coacção, rapto, fraude, ardil, abuso de autoridade ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou obtenção de pagamentos ou benefícios a fim de conseguir o consentimento de uma pessoa que tenha controlo sobre outra para efeitos de exploração».

Nos termos do artigo 2º nº 2 da mesma Directiva a vulnerabilidade é concebida como «uma situação em que a pessoa não tem outra alternativa, real ou aceitável, que não seja submeter-se ao abuso em causa».

E o nº 3 concretiza o âmbito da exploração que constitui a finalidade do tráfico, embora de forma não taxativa, mediante a alusão a que a mesma «inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, incluindo a mendicidade, a escravatura ou práticas equiparáveis à escravatura, a servidão, a exploração de actividades criminosas, bem como a remoção de órgãos.»

No que se refere ao consentimento, mantém-se a irrelevância do mesmo, já prevista no Protocolo de Palermo, quer o crime seja consumado, quer seja apenas tentado, desde que praticado por alguma das formas de execução previstas no nº 1, acrescentando, o nº 5 «sempre que o comportamento referido no nº 1 incidir sobre uma criança (qualquer pessoa com menos de dezoito anos, segundo a aceção do nº 6), deve ser considerado uma infracção punível de tráfico de seres humanos, ainda que não tenha sido utilizado nenhum dos meios indicados no nº 1.

Em conformidade, o conceito de tráfico de pessoas exarado nas normas incriminadoras contidas no artigo 160º do CP assenta em três pressupostos fundamentais:

- uma acção, que pode revestir uma das formas tipificadas que conduza ao recrutamento, transporte e acolhimento das vítimas – oferta, entrega, aliciamento, aceitação, transporte (por meio próprio do agente ou de terceiro, mas custeado pelo agente), alojamento ou acolhimento de uma

pessoa, com o sentido literal que corresponde a cada um destes verbos, na linguagem corrente;

– um método de opressão das pessoas traficadas – que envolve, necessariamente, uma actuação destas contra a sua vontade livremente formada; ou formas de neutralização da sua liberdade de resolução segundo motivos próprios; ou a imposição de actos que pressupõem uma ilegítima desconsideração pela sua vontade livre e consciente, por conseguinte, a ausência, constrangimento ou coerção da vontade das vítimas – e são a violência, rapto ou ameaça grave; uso de ardil ou manobra fraudulenta; o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar; ou o aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima, sendo estes métodos de constrangimento ou supressão da vontade que conferem ao tipo de ilícito a qualificação de crime de execução vinculada;

– a finalidade de exploração, que confere ao tipo o seu elemento diferenciador (dando ao crime de tráfico de seres humanos a característica de crime de intenção) e que envolve sempre a sujeição das vítimas a actividades degradantes ou desumanas, sendo tipificadas, exemplificativamente, para os adultos, a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extracção de órgãos ou a exploração de outras actividades criminosas e, no caso das crianças, para além destas finalidades, a adopção.

Trata-se de uma enumeração não taxativa, uma espécie de exemplos-padrão reveladores da tal situação de exploração, no mesmo sentido que o termo «exploitation», usado nos instrumentos internacionais que inspiram a configuração do crime de tráfico de pessoas, tem, na língua inglesa (também preconizado no nº 3 da Directiva 2011/36/EU) de coisificação da pessoa, da sua redução a um instrumento de trabalho e/ou uma mercadoria, ou objecto de obtenção de um benefício patrimonial, logo, à custa de formas humilhantes de

tratamento, de desconsideração da sua personalidade e da ofensa à sua dignidade, conatural à sua condição humana, a qual constitui a pedra de toque deste tipo de ilícito penal.

Assim, para além das expressamente referidas no texto da norma, poderão existir outras formas de exploração, desde que tenham essa tónica de opressão, abuso e lesão a direitos, liberdades e garantias da vítima.

Estas actividades de exploração sexual, exploração do trabalho, mendicidade, escravidão, extracção de órgãos, exploração de outras actividades criminosas e, no caso das crianças, de adopção, são apresentadas como finalidades da prática do crime, razão por que se trata de um delito de intenção, cuja consumação não requer a efectiva concretização desta específica motivação do agente.

Basta, por conseguinte, a prática de uma das modalidades de acção - oferta, entrega, aliciamento, aceitação, transporte (por meio próprio do agente ou de terceiro, mas custeado pelo agente), alojamento ou acolhimento de uma pessoa - através de um dos métodos de intimidação das vítimas acima enumerados e a verificação do tipo subjectivo que exige o dolo, em conformidade com o princípio geral da excepcionalidade da punição a título negligente, consagrada no art. 13º do CP, bem assim, com as exigências contidas na Directiva 2011/36/EU e com as especificidades próprias deste crime, quer quanto ao bem jurídico tutelado, quer quanto ao modo de execução e à finalidade visada pelo agente, sendo que o conhecimento e a vontade de realizar a conduta tem de abranger todos os elementos do tipo de ilícito objectivo e subjectivo, este no que se refere às finalidades de exploração visadas com a realização do crime (ainda que a efectiva «exploração» não chegue a concretizar-se).

O tipo contém dois graus de agravação das penas, um intermédio, por referência à intenção de obtenção de lucros, no nº 3 e um tipo qualificado, quando do comportamento típico descrito nos nºs 1 e 2 (e eventualmente, também, com o intuito lucrativo) resulte perigo para a vida da vítima, os métodos de actuação usados tenham sido especialmente violentos, ou deles tenham

advindo, para a vítima, danos particularmente graves e outras circunstâncias, atinentes à especial qualidade do autor dos factos (funcionário no exercício das suas funções), à natureza organizada do crime (prática dos factos em associação criminosa) ou a um resultado (o suicídio da vítima).

Por isso, o bem jurídico tutelado com a incriminação contida no art. 160º do CP, tal como resulta da sua inserção sistemática, é a liberdade pessoal, mas a liberdade pessoal, na perspectiva de uma forma especialmente grave e censurável de violação da mesma, por atentar directamente contra a própria dignidade humana, através da múltipla violação de direitos humanos que podem ir desde a liberdade ambulatoria, à liberdade de decisão, aos direitos à privacidade; à integridade física; à saúde, à vida; à autodeterminação e liberdade sexuais; ao salário justo, etc.

As vítimas, no tráfico de seres humanos, são degradadas a instrumentos para fins de satisfação económica, por outrem, no caso da exploração do trabalho, da mendicidade e da prática de crimes, ou vistas «como um corpo» para fins de exploração comercial, no caso da extracção de órgãos e da exploração da prostituição ou de actos sexuais de relevo<sup>9</sup>.

As pessoas são o produto e o instrumento do crime.

---

<sup>9</sup> «Não se trata de proteger a liberdade como valor transcendente, mas sim como “valor existencial”, no sentido de liberdade conatural à vida da pessoa em sociedade». Rodrigues, Anabela Miranda, “A incriminação do Tráfico de Pessoas no contexto da política criminal contemporânea”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 581. No mesmo sentido, Carvalho, Américo Taipa de, Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo I, Parte Especial – artigos 131º a 201º, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 678; Simões, Euclides Dâmaso, Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à Luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, *Julgur Online*, 2009; Patto, Pedro Vaz, in “O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto. Análise de algumas questões”, in *Revista do CEJ*, Nº 8 – Especial (1º Semestre de 2008), p. 182; Albuquerque, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Portuguesa, p. 430 e seguintes; Gonçalves, João Eduardo Cordeiro, O Tráfico de Seres Humanos, *CEDIS Working Papers | Direito, Segurança e Democracia*, nº 18, Novembro de 2015, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Homem, António Pedro Barbas, Tráfico de Seres Humanos Coletânea Seleccionada de Instrumentos Jurídicos, Políticos e Jurisprudência em Portugal, na Europa e no Mundo, editado pelo OTSH, em Dezembro de 2012.

**3.2. No artigo 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho, segundo a versão introduzida Lei 29/2012, de 9 de Agosto**

O Protocolo Adicional contra o Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea que acompanha a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional das Nações Unidas de 2000, a qual foi adoptada em Palermo, aprovada por Portugal, pela Resolução nº 32/2004 da Assembleia da República e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 19/2004 de 2 de Abril, denomina o auxílio à emigração ilegal de «people smuggling» (contrabando de pessoas) e define-o como o «facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado-Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro proveito material».

Por seu turno, a Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de Novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, define, no artigo 1º, o auxílio à emigração ilegal, na al. a) como a ajuda intencional prestada a «uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros» e, na al. b), a ajuda intencional e motivada por finalidades lucrativas, prestada a «uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a permanecer no território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de residência de estrangeiros».

Com esta Directiva, a Decisão-Quadro 2002/946/JAI, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, visa combater toda a forma de imigração ilegal e auxílio à mesma, prevendo um conjunto de sanções a adoptar pelos Estados-membros, em tal combate.

De harmonia com estes instrumentos de Direito Internacional, o art. 183º da Lei 23/2007, de 4 de Julho pretende punir todos aqueles que favorecerem ou

facilitarem, por qualquer forma, a entrada, o trânsito, ou permanência ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional.

Assim, no nº 1 do referido preceito, encontra-se previsto o tipo base, ao passo que os nºs 2 e 3 integram dois subtipos agravados, o primeiro – nº 2 – pela intenção lucrativa e o segundo – nº 3 – quando os factos forem praticados mediante transporte ou manutenção do cidadão em condições desumanas, ou degradantes, ou pondo em perigo a sua vida, ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte.

Como não está definido o modo de acção típica, o tipo abrange todas as condutas, mesmo que se trate de actos da vida normal, que em si mesmos consideradas, estejam despojadas de qualquer significado intrínseco de ilicitude, das quais resulte a efectiva introdução ou penetração, ou estadia do estrangeiro em Portugal, fora das condições legalmente impostas para o efeito, assim como as que sejam causalmente adequadas ao "favorecimento" e/ou à "facilitação".

É um crime de perigo quanto ao bem jurídico e um crime material ou de resultado quanto ao objecto da acção e não formal ou de mera actividade, na medida em que só pode considerar-se cometido, com a ocorrência da entrada, trânsito ou permanência do cidadão estrangeiro, ilegalmente, em território nacional. Se o agente facilita ou favorece a entrada, o trânsito ou a permanência do estrangeiro no território nacional, pratica o crime, mas apenas na forma tentada, caso a entrada não chegue a verificar-se.

A acção típica tem por objecto a «entrada», o «trânsito» (nº 1) e a «permanência» (nº 2) ilegais, consoante os casos, sendo a ilegalidade da entrada, do trânsito e da permanência aferida à luz dos critérios definidos no art. 181º e nas normas legais para as quais remete.

Este crime pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo, pois, um crime comum.

Porém, sujeitos passivos deste tipo de ilícito só podem ser cidadãos estrangeiros, porque é da essência deste crime a deslocação transfronteiriça – à

acção típica está sempre associada uma deslocação que envolve mais do que um país.

O conceito de cidadão estrangeiro é delimitado pela negativa, segundo a norma contida no artigo 4º nº 1 da Lei 23/2007.

Não é essencial à consumação deste tipo de ilícito penal, a obtenção de um ganho ou benefício económico.

Todavia, como resulta do nº 2, também pode concorrer uma intenção lucrativa, a qual funcionará como elemento subjectivo agravante da moldura penal abstracta prevista no nº 1.

Com efeito o tipo contido no nº 1 distingue-se do tipo contido no nº 2 do art. 183º da Lei 23/2007 em dois aspectos: no nº 1, o acto de favorecimento ou facilitação visa somente a entrada ou o trânsito ilegais, ao passo que, no nº 2, além da entrada e do trânsito ilegais, também se inclui a permanência ilegal.

O segundo aspecto da distinção consiste na circunstância de, na primeira hipótese, ser indiferente ao preenchimento do ilícito a intenção do agente, que pode ser uma qualquer (não pode é ser uma intenção de auxílio ao asilo ou à protecção humanitária que está fora do âmbito subjectivo da sua previsão por falta dos respectivos requisitos – cfr. art. 1º nº 2 da Directiva 2002/90/CE), desde que não tenha por objectivo a obtenção de lucro, mas, na segunda, a intenção lucrativa ser elemento determinante do tipo, razão pela qual os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta são agravados no nº 2, em relação ao nº 1.

O auxílio à permanência ilegal não pode ser desligado da intenção lucrativa, sob pena de ser confundido com o mero auxílio humanitário e este não pode ser integrado no âmbito da valoração penal, porque não é típico.

Em contrapartida, o lucro é manifestamente incompatível com as razões humanitárias que subjazem à não criminalização da conduta de auxílio altruísta à permanência de um cidadão estrangeiro em Portugal, sem estar legalmente autorizado a tal.

Nas modalidades do nº 3 do artigo 183º, a pena é agravada porque o deslocamento de cidadãos estrangeiros para Portugal é levado a cabo em



condições de violação de direitos fundamentais destes que importam um desvalor acrescido da conduta executiva, estando a densificação da ilicitude directamente associada à adequação do modo como o agente logra a facilitação, entrada e permanência dos imigrantes ilegais, ao risco de lesão bens jurídicos essenciais de que estes são titulares como a dignidade humana, a vida ou a integridade física – trata-se do recurso a transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes, ou pondo em perigo a sua vida, ou causando-lhe ofensa grave à integridade física, ou a morte.

Diversamente dos tipos contidos nos nºs 1 e 2 do artigo 183º, este nº 3 tipifica um crime de perigo concreto, pois prevê a colocação em perigo da vida do cidadão estrangeiro, ou exige para a sua verificação, um específico resultado – verificação de ofensa grave à integridade física ou a morte.

O nexó de imputação subjectiva do crime de auxílio à emigração ilegal, na modalidade do nº 1 do art. 183º citado, é feito com fundamento no dolo genérico, em qualquer das suas modalidades previstas no art. 14º do CP, traduzido na consciência de prestar ilicitamente ajuda a cidadão estrangeiro a entrar, permanecer e transitar ilegalmente no nosso país e na vontade livre de praticar os actos adequados a tal resultado, no que se refere à consumação do tipo incriminador do art. 183º nº 1.

Todavia, o preenchimento do crime previsto no nº 2 exige o propósito de obter uma vantagem, uma contraprestação, um benefício ou ganho na realização de qualquer das actividades previstas pelo tipo, seja ele financeiro ou económico, ou de natureza material de outra espécie (cfr. o art. 3º. al. a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea), que integra o tipo subjectivo de ilícito.

A intenção lucrativa, faz, pois, parte do tipo subjectivo de ilícito (dolo específico), pelo que fica afastado o dolo eventual.

Já o nº 3, na medida em que exige um resultado (a ofensa grave à integridade física ou a morte), uma perigosidade (o transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes) ou a concreta ou

real verificação do perigo (a colocação em perigo da vida), variando, por isso, a natureza do crime consoante a situação: crime de perigo-concreto a crime de resultado, o nexó de imputação subjectiva poderá conjugar o dolo quanto ao deslocamento e à criação do perigo, incluindo o dolo eventual, com a negligência quanto ao resultado.

Por isso é que a afirmação de que a previsão legal do crime de auxílio à imigração ilegal incide sobre a situação de irregularidade no território português, não tendo em consideração o fim ou a utilização do estrangeiro após a sua entrada no país, pelo que o bem jurídico protegido é apenas a soberania do Estado, na vertente da integridade das suas fronteiras e do cumprimento da legalidade das condições de que depende a admissão da entrada, trânsito e permanência de cidadãos estrangeiros em Portugal, só é inteiramente verdadeira no que se refere à previsão contida no nº 1 do art. 183º da Lei 23/2007.

No que se refere às duas agravantes modificativas contidas no nº 2 e no nº 3 é ainda a ideia de fragilidade ou de susceptibilidade acrescidas das pessoas que se sujeitam às regras de oferta e da procura clandestinas nos circuitos comerciais dos fluxos migratórios ilegais, para serem aviltadas nos seus direitos, liberdades e garantias, através da sua redução a coisas ou instrumentos de obtenção de proventos económicos que justifica a incriminação.

Trata-se, pois, de um crime pluriofensivo que protege, a um tempo, primacialmente, a dignidade e os direitos fundamentais do imigrante e, subsidiariamente, o interesse da protecção da ordem socioeconómica subjacente ao controlo de legalidade dos fluxos migratórios<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr., no mesmo sentido, Decisão-Quadro do Conselho, de 2002, 629 JAI; a Convenção nº 143, da OIT, relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, ratificada pela Lei 52/78 de 25 de Julho; Na Doutrina, Burusco, Barber, in “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, in Enciclopédia Penal Básica; Marques, Mário Reis, in BFDUC, Ano 2010, Vol. IV, pág. 565; Catarino, Gabriel, Aspectos jurídico-penais e processuais do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros, in Julgar on line – 2009; Pinto, Albano, Criminalidade Associada à Imigração Ilegal, in Imigração Ilegal e Tráfico de Seres Humanos: Investigação, Prova, Enquadramento Jurídico e Sanções – Coleção Acções de Formação, Centro de Estudos Judiciários; Pinto, A. Morais, in Comentário às Leis Penais Extravagantes, compiladas por Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, I, ed da UCP, pág. 76.

#### **4. A consunção e os crimes de tráfico de seres humanos e de auxílio à emigração ilegal**

Tanto do ponto de vista de jurídico-penal, como sociológico, a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos são dois fenómenos, muitas vezes, interligados e cuja prevenção e repressão acaba por visar finalidades semelhantes, ou complementares e os seus factos integradores são mesmo levados a efeito pelas mesmas pessoas e utilizando os mesmos circuitos geográficos.

Da comparação dos bens jurídicos, no crime de tráfico de pessoas previsto no artigo 160º do Código Penal, o acento tónico da tutela assenta na redução de uma pessoa ou de várias pessoas à condição de coisas, objectos ou mercadorias e, portanto, a protecção incide sobre bens jurídicos eminentemente pessoais.

Quando associado a deslocações transfronteiriças das vítimas, o incumprimento das regras jurídicas vigentes em matéria de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, a conduta delituosa de tráfico de pessoas incluir-se-á também no âmbito da tutela das normas incriminadoras contidas no mencionado artigo 183º do RJEPSAE, já que o crime de auxílio à emigração ilegal visa bens jurídicos de interesse colectivo e ordem pública.

Porém, as incriminações contidas no artigo 183º do RJEPSAE também protegem os direitos fundamentais e a dignidade inerente à condição humana dos imigrantes, como, de resto, foi expressamente assumido, pelo legislador português ao incluir, no tipo legal de crime de auxílio à emigração ilegal, o móbil do lucro associado à permanência ilegal de estrangeiros em Portugal, no seu nº 2 e as menções à sujeição dos cidadãos estrangeiros em situação irregular em Portugal a condições desumanas ou degradantes, no nº 3.

Estas agravantes modificativas do tipo base do nº 1, têm subjacente a constatação de que os migrantes ilegais acabam, muitas vezes, por se converter em pessoas traficadas, justamente, porque a emigração ilegal, é, muitas e muitas vezes, terreno fértil para o crime de tráfico de seres humanos e o contexto privilegiado em que este crime é cometido.

Consequentemente, há um reduto de coincidência, quanto ao bem jurídico alvo da protecção, entre o tráfico de seres humanos e o crime de auxílio à emigração ilegal, pois outra não pode ser a conclusão a retirar da inserção das agravantes contidas nos nºs 2 e 3 do art. 183º citado e referentes ao móbil do lucro; ao tratamento degradante e/ou desumano dispensado às vítimas; à criação de perigo para a sua vida ou a resultados danosos que se referem a bens jurídicos eminentemente pessoais, inerentes à personalidade e à condição humana, com consagração constitucional, como é o caso da integridade física e da vida.

Na medida desta coincidência, ambos os tipos legais se dirigem, essencialmente à protecção dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que por eles são vitimizadas, quer sejam pessoas traficadas, quer sejam emigrantes ilegais.

Face aos elementos constitutivos destes tipos legais de crime, parece que a delimitação entre eles se deverá fazer por referência, por um lado, à exigência de deslocação, entrada e permanência da vítima, que envolva dois ou mais Estados e às finalidades (ou ausência delas) na utilização e fruição da força de trabalho, do corpo, ou para fins sexuais e outros de índole económica de uma pessoa, por outrem, recorrendo a métodos de abuso e violência.

O problema é que, quando o tráfico de pessoas é internacional e a introdução clandestina de migrantes provenientes de outro país é feita sob condições desumanas ou degradantes, esses elementos distintivos esbatem-se a ponto de quase se confundirem.

A subsunção na previsão legal do crime de tráfico é, não obstante, mais exigente, pois que, apesar de prescindir da deslocação transfronteiriça das vítimas e, por isso mesmo, abdicar do pressuposto da entrada, trânsito ou permanência em Portugal de forma irregular, ou seja, em inobservância do RJEPSAE, implica determinados modos de execução vinculada aos quais estão associadas exigências probatórias acrescidas: a violência ou ameaça grave; o ardil; a manobra fraudulenta; o aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade, ou o

abuso de autoridade no contexto de uma relação de dependência hierárquica, familiar ou emocional.

Mas, em contrapartida, a alusão contida no nº 3 do art. 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho a condições desumanas ou degradantes, justamente por ser de conteúdo vago e genérico integra um sentido de utilização da pessoa humana e de agressão aos seus direitos liberdades e garantias que pode muito bem ser equiparado à finalidade de «exploração» visada na configuração do crime de tráfico de seres humanos, por exemplo, quando apenas se demonstre esse resultado típico, mediante a prática de trabalho forçado; escravidão; exploração sexual; mendicidade, etc., mas sem que se tenha feito prova acerca dos métodos de constrangimento ou supressão da vontade que integram o iter criminis descrito no artigo 160º nº 1 do Código Penal.

É certo que se pode argumentar que esta referência a condições desumanas ou degradantes está primacialmente pensada para as condições insalubres, perigosas e clandestinas em que decorre todo o processo de deslocamento dos cidadãos estrangeiros desde os seus países de origem até Portugal, portanto, sem conexão com o intuito da exploração e assim será, em muitos casos.

Mas, não pode abstrair-se de que a amplitude da descrição legal consente o seu alargamento a situações (que são múltiplas), em que existe o intuito da exploração típico do tráfico de seres humanos e se concretiza a exploração, mas não existe o especial modo de execução que consiste no uso do método de intimidação ou de condicionamento da vontade da vítima, porque transportar, alojar, acolher referidos no art. 160º nº 1 do CP têm, ou podem ter, o mesmo significado que facilitar a entrada, o trânsito ou a permanência ilegais, em território nacional, a que aludem os nºs 1 e 2 do art. 183º da Lei 23/2007.

Esta solução é, aliás, a recomendada no Manual das Nações Unidas contra o Tráfico de Pessoas para Profissionais do Sistema de Justiça Penal, Nações Unidas, 2009, justamente, para prevenir que as vicissitudes da prova inviabilizem a condenação por situações de exploração e conseqüente violação dos direitos

humanos efectivamente verificadas, mas em que não se logra a prova dos factos concretos que integram algum daqueles específicos modos de intimidação das vítimas<sup>11</sup>.

Assim se, por hipótese, uma empresa de trabalho temporário sediada em Portugal usar, para fins de exploração de trabalho, forçado, ou não, cidadãos entrados ilegalmente em Portugal, mas, mesmo não tendo tido qualquer intervenção no processo de entrada clandestina dos mesmos em território nacional, os inscreve, na Segurança Social, obtém para estas pessoas números de identificação fiscal e celebra com eles contratos de trabalho, com vista à sua futura colocação em empresas de agricultura ou que laborem em outros sectores de actividade, não pode ignorar a condição de emigrantes ilegais destas pessoas e ao proceder, de tal modo, está a fomentar a sua permanência em Portugal, incorrendo, pois, caso se verifique o nexó de imputação subjectiva correspondente, num crime de auxílio à emigração ilegal.

Se, para além disso, no decurso da relação laboral, sujeitar os trabalhadores emigrantes ilegais, a contratos de trabalho celebrados numa língua desconhecida para eles, os forçar a prestar o trabalho contratado durante longas horas, sem folgas ou descanso diário ou semanal, mediante retenções, descontos, deduções e contas aleatórias e arbitrárias acerca dos salários, retirando aos trabalhadores a capacidade de anteverem e quantificarem os montantes que irão receber, no final de cada mês, forçando-os a viverem sem privacidade, sem mínimos de conforto, arrumação e higiene em camaratas despojadas de móveis, de janelas, de água canalizada, a dormirem entre sete a dez pessoas no mesmo quarto, a tomarem banho de água fria e viverem sem electricidade durante períodos prolongados, criando-lhes a ilusão de que era a trabalharem naquelas condições que iriam conseguir obter a almejada autorização de residência permanente e sem que estes trabalhadores tenham outro modo de vida viável, posto que não conhecem a língua portuguesa, nem o modo de funcionamento

---

<sup>11</sup> Em "[https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2009\\_UNODC\\_TIP\\_Manual\\_PT\\_-\\_wide\\_use.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2009_UNODC_TIP_Manual_PT_-_wide_use.pdf)".

das nossas instituições, não têm dinheiro e ficando, por assim dizer, «nas mãos» do traficante que, sabedor da vontade que estas pessoas têm de permanecer em Portugal, se aproveita destas circunstâncias, para fruir do trabalho e obter lucros à sua custa, a mesma empresa também incorre no crime de tráfico de seres humanos, praticando tantos crimes quantas as pessoas que forem forçadas a viver e a trabalhar em tais condições, atenta a natureza pessoal dos bens jurídicos violados.

Esta hipótese pode ser generalizada, com as necessárias adaptações, à exploração sexual, à mendicidade; à escravidão; à extracção de órgãos, à prática de crimes, em suma, a alguma das actividades indiciadoras da exploração, exigida pelo art. 160º do CP, verificado o dolo e a intenção característicos do tipo.

O mesmo acontecerá em relação a mulheres recrutadas e transportadas de um outro país para Portugal, sem visto de entrada, ou autorização de residência, nunca lhes sendo permitido deixar as instalações do alojamento onde são forçadas a viver e a praticarem actos de prostituição cujos rendimentos revertem, na totalidade, ou, em grande parte, para o traficante, desde que a resolução criminosa seja construída e dirigida a esse objectivo de exploração, de que o deslocamento ilegal é apenas um instrumento.

Diversamente, se, por hipótese, no decurso da travessia de um país ou de vários outros países para Portugal e aqui o agente do crime de auxílio à emigração ilegal, aproveitando-se da clandestinidade que envolve essa circunstância e do conatural receio do cidadão estrangeiro migrante de ser descoberto pelas autoridades policiais ou pelos serviços de estrangeiros e fronteiras, opta por impor a este último a prática de actos que envolvem a exploração comercial da prostituição, ou do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extracção de órgãos, a prática de factos criminosos e, no caso das crianças, de adopção, como formas de pagamento das despesas que envolvem todo o itinerário e/ou a permanência no território nacional, o tráfico de seres humanos também pode ser acessório do crime de auxílio à emigração ilegal.

Tudo depende da duração e intensidade concreta e comparativa entre as finalidades visadas e os modos de actuação subsumíveis à descrição típica do tráfico de seres humanos e à que vem contemplada no citado art. 183º da Lei 23/2007, para o crime de auxílio à emigração ilegal.

Nas duas primeiras hipóteses, será dominante o crime de tráfico de seres humanos em relação ao de auxílio à emigração ilegal que assume carácter acessório, se o propósito criminoso for dirigido, à consumação do propósito mais abrangente e mais complexo de exploração de outrem e da infligção de alguma das formas de tratamento cruel e desumano, através de algum dos metidos de coerção da vontade que integram o *iter criminis* segundo a descrição típica - a violência, rapto ou ameaça grave; uso de ardil ou manobra fraudulenta; o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar; ou o aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima.

Na terceira hipótese, o que adquire predomínio é o auxílio à emigração ilegal, sendo a exploração da força de trabalho ou do corpo de outrem, apenas o meio de obtenção do lucro visado com o deslocamento ilegal de migrantes de um país para outro.

O próprio Manual Contra o Tráfico de Pessoas para os Profissionais do Sistema de Justiça Penal, ONU, Nova Iorque, 2009, exemplifica várias situações em que tráfico de seres humanos e introdução clandestina de migrantes nos países se co-relacionam ou se interceptam:

«Algumas das vítimas de tráfico poderão começar a sua viagem com o objectivo de serem introduzidas ilegalmente noutro país, acabando posteriormente por constatar terem sido enganadas, coagidas ou forçadas a aceitar uma situação de exploração (por exemplo, ao serem obrigadas a trabalhar por salários extremamente baixos para pagarem o seu transporte);

«Os traficantes podem apresentar às suas potenciais vítimas uma oportunidade que lhes pareça ser de imigração ilegal. Poderá ser-lhes



pedido o pagamento de uma taxa, tal como a todas as outras pessoas que são objecto de introdução clandestina. No entanto, a intenção do traficante consiste, desde o início, na exploração da vítima. A taxa paga fazia parte do engano e da fraude e constituía um meio de fazer algum dinheiro extra;

«A introdução clandestina de migrantes pode ser a intenção inicial mas, no decurso do processo, pode apresentar-se aos traficantes/facilitadores uma oportunidade de tráfico demasiado boa para a perderem;

«Os criminosos podem traficar pessoas e introduzi-las clandestinamente noutros países em simultâneo, utilizando as mesmas rotas;

«As condições a que os migrantes são sujeitos ao longo da viagem podem ser tão más que é difícil acreditar que alguém tenha consentido na situação.»<sup>12</sup>

Em todas as situações exemplificadas, os factos são simultaneamente subsumíveis aos dois tipos de crime em análise, são praticados pelas mesmas pessoas, estando, entre si, numa sucessão espaço-temporal de causa-efeito e de menos para mais.

O crime de tráfico, na sua forma simples, é punível com uma pena de prisão de três a dez anos.

A existência de intenção lucrativa, agrava a pena, para prisão de três a doze anos, nos termos do nº 3.

O legislador acrescentou, na última reforma do Código Penal um novo nº 4 no art. 160º, que incluiu cinco circunstâncias agravantes modificativas, cuja

---

<sup>12</sup> Tradução do Ministério da Administração Interna, 2010, p. 19, em “[https://www.animar-dl.pt/documentos/64/PDFs/309/Modulo\\_1.pdf](https://www.animar-dl.pt/documentos/64/PDFs/309/Modulo_1.pdf)”. O fenómeno migratório é «um mercado onde há uma procura e oferta e onde as organizações criminosas, implicadas quer em tráfico, quer em *smuggling*, servem de facilitadores dos movimentos populacionais» Carrapiço, Helena, “O Crime Organizado Transnacional na Europa: Origens, Práticas e Consequências”, in Cadernos do IDN, Nº 1, Maio de 2006, p. 13. No mesmo sentido, Pereira, Júlio A. C. e Pinho, José Cândido de, “Direito de Estrangeiros – Entrada, Permanência, Saída e Afastamento”, Coimbra Editora, 2008, p. 631 e Guia, Maria João, “Imigração e Criminalidade – Caleidoscópio de Imigrantes Reclusos”, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2008, Dissertação de mestrado em As Sociedades Nacionais Perante os Processos de Globalização (Sociologia do Desenvolvimento e da Transformação Social), p. 104.

verificação eleva a moldura penal de um terço nos limites mínimo e máximo das penas previstas nos números 1, 2 e 3, sendo certo que, nesta nova previsão, assim como no nº 3 do art. 160º do Código Penal, o legislador português não só cumpriu com as obrigações assumidas, nos termos do art. 4º nºs 2 e 3 da Directiva 2011/36/EU, como foi ainda mais longe, na medida em que a referida Directiva determina que os Estados-Membros deverão adoptar uma moldura penal de, pelo menos, dez anos de prisão, tendo já em conta as agravantes, agora previstas no nº 4 do art. 160º e esse limite máximo de dez anos está previsto logo no tipo base ou fundamental, por assim dizer, contido no art. 160º nº 1.

O art. 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho prevê, para o tipo simples de auxílio à emigração ilegal, uma pena de um mês a três anos, agravando as penas no nº 2 para os limites mínimo e máximo de um a cinco anos e, no nº 3, de dois a oito anos de prisão.

Ora, punir estes crimes, praticados em tais circunstâncias, em concurso real, seria excessivo e injusto e violaria o princípio *ne bis in idem*, porque, para além da existência de uma margem de identidade de bem jurídico e de sobreposição na descrição dos mesmos elementos constitutivos, nos dois tipos de ilícito penal, no que se refere ao tratamento desumano e degradante e ao objectivo da exploração, em hipóteses como as exemplificadas, as condutas delituosas concretas exprimem um sentido de ilicitude autónomo único ou preponderante, seja por apelo a critérios como o da unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final, do crime instrumental ou crime-meio, da unidade de desígnio criminoso, da conexão espaço-temporal das realizações típicas e dos diferentes estádios de evolução ou de intensidade da realização global.

Nuns casos, esse sentido dominante é o que é valorado pelo tráfico de seres humanos e a consunção é pura; noutros casos, pode preponderar o auxílio à emigração ilegal e a consunção é impura, embora, tendencialmente, a relação de menos para mais se estabeleça entre o auxílio à emigração ilegal e o tráfico de

seres humanos, dada a virtualidade instrumental e acessória do primeiro, em relação ao segundo.

### **5. As fragilidades da aplicação da regra da consunção**

A regra da consunção tem a grande vantagem de manter intactas, tanto as valorações de ilicitude e de culpa subjacentes às previsões contidas nas diversas normas incriminadoras potencialmente aplicáveis, quer as respectivas molduras penais abstractas, limitando-se ao problema da escolha e determinação concreta da pena.

Por isso, assegura, a um tempo, a compatibilidade com os princípios da legalidade e da tipicidade vigentes em Direito Penal e a incolumidade das expectativas legítimas dos cidadãos, em relação às molduras penais aplicáveis a qualquer dos ilícitos singulares previstos nas diferentes normas penais ou para os diferentes factos puníveis singularmente considerados e, ainda, em relação aos respectivos limites da punibilidade.

É, também, um mecanismo de reacção penal mais adequada em função dos princípios constitucionais da necessidade do Direito Penal, da proibição da dupla valoração dos mesmos factos, da proporcionalidade e de realização plena dos fins das penas previstos no art. 40º do Código Penal.

Porém, a consunção apresenta várias fragilidades.

Porque postula um «problema axiológico e teleológico de relacionamentos de sentidos e de conteúdos do ilícito» entre as normas concretamente aplicáveis, ou de comparação das características dos bens jurídicos protegidos em cada uma dessas normas incriminadoras, só poderá ser resolvido em concreto, convocando uma análise casuística de situações reais, efectivas, não tendo, pois, uma vocação de aplicação geral e abstracta.

E, pese embora, a perspectiva do concurso (aparente) de crimes, segundo a tese de Figueiredo Dias, já permita algumas generalizações, através de exemplos em que a regra da consunção vigora em abstracto (v.g., o que se verifica entre os actos preparatórios puníveis, a tentativa e a consumação, ou, nos crimes

complexos, ou pluriofensivos, entre os factos que, em si mesmos, são crimes autónomos, mas que, nessas incriminações, são descritos como elemento ou circunstância do tipo legal complexo, ou, em certos tipos penais, entre os factos anteriores e posteriores à consumação, ou ainda, entre os crimes de perigo abstracto e os crimes de perigo concreto e entre ambos e os crimes de resultado), no limite, apenas permite afirmar uma possibilidade de determinado crime consumir ou ser consumido por outro<sup>13</sup>.

Assim sendo, essa mera probabilidade teórica não evita a conclusão contrária, se perante factos semelhantes, for diferente a interpretação das normas para verificação dos correspectivos elementos constitutivos, bem como o método usado para estabelecer as correlações lógicas que entre elas seja possível estabelecer.

Em resultado desta impossibilidade de generalização, se essa relação de menos para mais, ou de crime meio para crime fim não for expressamente assumida pelo legislador, na descrição típica dos crimes, por exemplo, recorrendo a uma cláusula de subsidiariedade expressa, a regra da consunção será aplicada, ou não, consoante os critérios de interpretação e a argumentação que cada Tribunal fizer, em cada momento histórico (de harmonia com o princípio de independência dos tribunais constitucionalmente consagrado e que rege o estatuto dos Magistrados Judiciais), no julgamento de factos que são, simultaneamente, de auxílio à emigração ilegal e de tráfico de seres humanos, praticados pelos mesmos autores.

Isto pode conduzir a disparidades nos critérios de subsunção dos factos ao Direito e, no limite, violações do princípio da igualdade, quer na perspectiva dos agentes dos crimes em análise, quer dos sujeitos passivos dos crimes, dada a substancial diferença que ainda se verifica entre o estatuto de vítima de tráfico de seres humanos e o de emigrante ilegal.

---

<sup>13</sup> Neste sentido, Pedro Caeiro, A Consunção do Branqueamento pelo Facto Precedente, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutro Figueiredo Dias, *Studia Juridica*, 100, Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pp- 194-195, nota (18).

Acresce que, mesmo que se fixasse um consenso na Jurisprudência e na Doutrina (por coincidência espontânea nas decisões judiciais ou por jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça), no sentido de que existe sempre, ou poderá existir, um concurso aparente de normas ou um concurso aparente ou impuro de crimes entre o tráfico de pessoas e o auxílio à emigração ilegal, a resolver através das regras da consunção, sempre restaria a controvérsia na definição do regime sancionatório aplicável.

É que, na consunção pura, para Figueiredo Dias, a penalidade prevista na *lex consumpta* deve ser ponderada na dosimetria concreta da pena, como circunstância agravante, para dar cabal cumprimento ao «mandado esgotante de valoração do sentido de ilícito» do comportamento e, para Eduardo Correia, a margem de factualidade penalmente relevante que fica sem censura, por efeito da exclusiva aplicação do tipo legal que contiver a moldura penal mais elevada, é o preço a pagar pela salvaguarda de um bem mais valioso que consiste na observância da proibição do *ne bis in idem*.

Do mesmo modo, na consunção impura, vários critérios são possíveis, no que se refere ao modo de punição dos factos subsumíveis às diversas normas aplicáveis: ou será sempre aplicável a moldura da pena da *lex consumens*, ou seja, a pena menos grave (visto que a consunção é impura); ou se opta sempre, automaticamente, pela moldura penal mais grave, o que implica, por efeito da impureza da consunção, que se faça uma distinção entre o enquadramento jurídico-penal dos factos, que será feito à luz da norma que prevê o crime principal e a aplicação do regime sancionatório, que será o previsto na norma que tipifica o crime consumido – portanto, o enquadramento jurídico-penal dos factos faz-se por referência à *lex consumens*, mas a sua punição é feita de acordo com a sanção prevista na *lex consumpta*; ou, uma terceira solução, que rejeita a aplicação automática e determinista da punição do crime dominante com a moldura penal alheia, prevista no crime dominado e admite a aplicação da moldura penal do crime dominante, se, porventura, ainda persistir um mínimo de correspondência de sentido social de ilícito, consoante a comparação entre a

gravidade concreta dos factos e a que está pressuposta pelo legislador na previsão normativa de cada crime principal e consumido.

O primeiro critério é passível das críticas de que, além de não esgotar toda a valoração possível da gravidade da conduta delituosa, que, apesar da sua relevância penal, fica parcialmente impune, pode introduzir desigualdades intoleráveis (e mesmo inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13º da Constituição da República Portuguesa e por parcial omissão do dever que incumbe aos Tribunais de assegurarem a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, no enquadramento mais geral de administração da justiça, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 202º n.ºs 1 e 2 e 205º da C.R.P.).

Isto, na medida em que tal solução conduziria a que sendo punido apenas pela penalidade prevista para o sentido jurídico-penal de ilícito dominante, apesar de ter praticado factos puníveis tanto pela *lex consumens* como pela *lex consumpta* ou violado os diversos bens jurídicos tutelados nos diferentes tipos legais de crime abstractamente aplicáveis, ser-lhe-ia aplicado um regime sancionatório mais benevolente do que o que seria aplicável ao agente que tivesse praticado apenas o crime previsto na *lex consumpta*.

À segunda solução pode apontar-se a crítica de que, afinal o critério de aferição do mandado esgotante da valoração da ilicitude e da culpa que inspira a eficácia excludente de uma norma penal, no confronto com outras, na consunção impura, é apenas a severidade das molduras penais abstractas, quando, muitas vezes, a densificação do desvalor ou da censurabilidade das condutas expressas pelo legislador nas sanções previstas é feita de forma meramente abstracta e sem qualquer preocupação comparativa com outros comportamentos de natureza semelhante ou afim, mas antes obedecendo a motivações de política legislativa ou inerentes a determinados contextos sociais, perdendo-se, então, o cunho casuístico da valoração subjacente à regra da consunção e sem grande diferenciação, na prática, do regime sancionatório previsto no artigo 79º do

Código Penal, para o crime continuado, ou, ainda, porque pode redundar no resultado que visa justamente impedir – o de uma punição injusta em resultado de uma moldura penal abstracta excessivamente severa.

A consunção impura e o correspectivo regime de punição, não são, pois, consensuais, a não ser nos fundamentos e razão de ser da sua aplicação<sup>14</sup>.

A menos que o modo de escolha e determinação concreta da pena, na consunção impura, fosse, ele próprio, também alvo de uma uniformização jurisprudencial, o que poderia suscitar sérios problemas de constitucionalidade (desde logo, por violação do princípio constitucional da separação de poderes, na medida em que poderia vir a redundar na criação de uma nova norma incriminadora, por via judicial e também por violação dos princípios da legalidade e da tipicidade em direito penal).

Não, que a divergência doutrinária ou jurisprudencial seja novidade, na interpretação e na aplicação do Direito, ou algo indesejável para a administração da Justiça.

Muito pelo contrário.

O problema é que, em face da dimensão planetária dos fenómenos do tráfico de pessoas e de emigração ilegal, das implicações que ambos têm, ao nível da violação dos direitos humanos, do seu fortíssimo impacto nas estruturas sociais e políticas dos Estados e dos compromissos assumidos por Portugal, quer no âmbito da ONU, quer no âmbito da União Europeia e, a acrescer a tudo isto, das intrincadas ligações existentes entre um e outro fenómeno e o contexto histórico, social e político actuais, exige-se um grande esforço de clarificação, rigor e máxima simplificação, na abordagem jurídica ao fenómeno do tráfico de

---

<sup>14</sup> Sobre as várias soluções possíveis em matéria de determinação da pena no âmbito da consunção, cfr. Dias, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*, 2012, Correia, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal. Unidade e Pluralidade de Infracções*, Livraria Atlântida, 1954, p. 172, Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Tomo I, Verbo*, 1981, p. 169, D'Almeida, Luís Duarte, *O «Concurso de Normas» em Direito Penal*, Almedina, 2004, Moutinho, José Lobo, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português*, Universidade Católica Editora, 2005, e Caeiro, Pedro, *A Consunção do Branqueamento pelo Facto Precedente*, *Studia Juridica*, 100, Ad Honorem – 5, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.

peças e também da emigração ilegal, no que se refere à perseguição dos agressores e à protecção das vítimas.

## **6. Tráfico internacional de seres humanos e auxílio à emigração ilegal – duas vertentes da mesma realidade**

A Directiva nº 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas adoptou a chamada abordagem «Três P» – prevenção do crime, protecção das vítimas e perseguição penal dos infractores –, numa perspectiva global e multidisciplinar.

É certo que o tráfico de pessoas prescinde da deslocação transfronteiriça das vítimas, ao passo que os crimes em que se materializam os fluxos migratórios ilegais, tipificados nos artigos 182º a 187º da Lei 23/2007 não se consumam sem ela.

Mas a verdade é que, o auxílio à emigração ilegal e os crimes envolventes aos fluxos migratórios ilegais também implicam graves violações dos direitos humanos.

E, ontologicamente, o tráfico de seres humanos também é uma realidade transnacional.

«O tráfico de seres humanos constitui uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos. É uma realidade complexa, na maioria dos casos transnacional, desenvolvida por redes de criminalidade organizadas, que se alimentam das vulnerabilidades e fragilidades das pessoas traficadas.» (Resolução do Conselho de Ministros nº 101/2013, que aprovou o III Plano Nacional de Luta contra o Tráfico Humano, Diário da República, 1.ª série, Nº 253 de 31 de Dezembro de 2013).

Foi, de resto, partindo desta premissa, que a Lei de Política Criminal para o biénio 2017-2019 (Lei 96/2017 de 23 de Agosto), no seu artigo 2º nº 1 al. g), qualifica «os crimes de tráfico de pessoas, para efeitos de exploração sexual, laboral ou de tráfico de órgãos» como crime de prevenção



prioritária, e, no seu artigo 3º al. d), determina que os crimes de tráfico de pessoas são de investigação também prioritária.

O IV Plano de Acção para a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2018-2021 (IV PAPCTSH 2018-2021) «visa, entre outros, consolidar e reforçar o conhecimento sobre a temática do tráfico de seres humanos, assegurar às vítimas um melhor acesso aos seus direitos, qualificar a intervenção e promover a luta contra as redes de crime organizado, nomeadamente desmantelando o modelo de negócio e desmontando a cadeia de tráfico».<sup>15</sup>

Este plano de acção reitera o que já havia afirmado o plano nacional anterior, que «as suas causas estão desde há muito tempo reconhecidas ao nível da comunidade internacional, cujas raízes profundas são a vulnerabilidade causada pela pobreza, as desigualdades entre homens e mulheres e a violência perpetrada contra as mulheres, as situações de conflito e pós-conflito, a falta de integração social, a falta de oportunidades e de emprego, a falta de acesso à educação e o trabalho infantil, sendo este considerado, juntamente com o tráfico de drogas e o tráfico de armas, um dos mecanismos de criminalidade mais lucrativos da história contemporânea».

Ou seja, coloca o acento tónico da abordagem ao problema do tráfico de seres humanos, na sua dimensão internacional e de criminalidade organizada, de que o novo projecto de recolha e análise de dados estatísticos Towards a Pan-European Monitoring System of Trafficking in Human Beings (The Pan-EU Mosy) é também exemplo.

O mesmo tem de dizer-se dos objectivos de desenvolvimento sustentável fixados pela ONU até 2030, particularmente os que se referem à erradicação do tráfico de seres humanos e de todas as formas de violência, que lhe estão associadas – escravidão, trabalho forçado, trabalho infantil, exploração sexual – sobretudo, os objectivos 5; 8 e 16.

---

<sup>15</sup> Plano TSH para consulta pública, em “[http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2018/iv\\_planotshparaconsultapublica.pdf](http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2018/iv_planotshparaconsultapublica.pdf)”.

Dessa dimensão transnacional, são também indicadores os dados estatísticos em matéria de tráfico de pessoas e também de introdução clandestina de migrantes (ou auxílio à emigração ilegal), quer no que se refere à obtenção de dados e seu tratamento distintivo, quanto ao objectivo da «exploração» feita a nível local, regional, ou transfronteiriço, ao cálculo da prevalência deste crime em países, assim denominados, de origem e de destino, ao despiste das rotas do tráfico; à incidência das nacionalidades das vítimas e dos países onde são feitos os registos da prática dos crimes de tráfico de pessoas.

Segundo as informações veiculadas pela ONU<sup>16</sup>, um a quatro milhões de pessoas são traficadas todos os anos, no mundo, através de múltiplas rotas que percorrem diferentes países, ou estabelecidas entre dois ou três países vizinhos e outras que, inclusivamente, importam a deslocação de pessoas entre diferentes continentes.

Entre 2012 e 2014, foram despistados mais de 500 circuitos diferentes de tráfico transnacional, na sua maioria, percorrendo África, o Sudoeste Asiático, o Médio Oriente, as América do Sul e Central, com destino ao Ocidente Europeu e aos Estados Unidos da América do Norte.

Nos países do Ocidente e do Sul da Europa foram registadas vítimas provenientes de 137 países, sendo que em 69 países foram registadas vítimas nacionais de países situados na África subsaariana.

---

<sup>16</sup> Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção da Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional..., Centro para a Prevenção Internacional do Crime – Nações Unidas, versão 3, Viena, Março de 2003, p. 25, em “<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>”. V. g., o «Victims of Trafficking and Violence Prevention Act» (2000 EUA) inclui entre as causas de vulnerabilidade, a denúncia aos serviços de imigração da situação de permanência irregular da vítima em território nacional. Do mesmo modo, do item 24 da Declaração e Programa de Acção de Viena, adoptada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25/06/1993 ao anunciar a importância que deve ser dada à promoção e protecção dos direitos humanos, aponta como exemplo «de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis» e em relação aos quais deve ser dada prioridade à prossecução de tal promoção e protecção, os trabalhadores migrantes, em “<https://nacoesunidas.org/>”.

Ainda, segundo a ONU, o tráfico de pessoas gera rendimentos de cerca de 12 bilhões de dólares por ano, constituindo a terceira fonte lucros ilegais, no mundo, apenas superada pelo tráfico de armas e pelo tráfico de droga.

Em Portugal, o Relatório do Observatório do Tráfico de Seres Humanos de 2016 disponível no site da Comissão para a Igualdade de Género<sup>17</sup>, elucida que, no decurso do ano de 2016, foram sinalizadas pelos OPC e pelas ONG que cooperam com o OTSH, na protecção de pessoas traficadas, 264 presumíveis vítimas.

Destas 264 presumíveis vítimas sinalizadas, 141 são do sexo masculino e prevalecem para os registos de tráfico para fins de exploração laboral, sendo a prevalência das presumíveis vítimas do género feminino, nos registos do tráfico de seres humanos, para fins de exploração sexual.

Deste universo de potenciais vítimas, 118 foram confirmadas como tal, sendo 108 em Portugal e 10 no estrangeiro.

Comparativamente ao ano de 2015, estes dados representam um acréscimo de sinalizações de 36,8% determinado por um acréscimo de registos igualmente superior em 68,8%, a que estão associadas três grandes ocorrências (ou seja, operações de policiais de fiscalização de que resultam 20 possíveis vítimas ou mais) – as denominadas Operações Pokhara, levada a cabo pelo SEF e as Operações Katmandu 1 e Katmandu 2 realizadas pela Polícia Judiciária.

De entre as 108 vítimas em Portugal, 101 (93%) foram vítimas de tráfico de pessoas para exploração de trabalho no sector da agricultura (v.g., apanha de azeitona; framboesa, mirtilos, amora, abóbora, melão; laranja).

No que se refere à nacionalidade, foram registadas 23 nacionalidades, com maior prevalência em cidadãos portugueses (72 pessoas) e, logo a seguir, romenos (70 pessoas) havendo também uma significativa incidência em vítimas provenientes da Ásia, maioritariamente, de nacionalidade nepalesa.

---

<sup>17</sup> UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2016, em “[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016\\_Global\\_Report\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf)”.

Tanto à luz do último relatório UNODC de 2016, em matéria de tráfico de pessoas, como do Relatório do Observatório do Tráfico de Seres Humanos de 2016, Portugal é, simultaneamente, país de origem, trânsito e destino de Tráfico Humano, estando integrado nas «principais rotas referenciadas designadamente norte de África, sul da Europa, América do Sul-Europa, Ásia-Europa e em diferentes rotas intra-europeias»<sup>18</sup>.

A ONU no seu mais recente relatório, referente a 2016, sobre introdução clandestina de migrantes e apenas com base nas duas rotas principais de migração ilegal – a que provêm do Norte de África e da África Ocidental e Oriental para a Europa e a que tem origem na América do Sul e destino na América do Norte – apurou que os rendimentos ilícitos obtidos com a introdução clandestina de migrantes ascenderam a 6.75 bilhões de dólares por ano.

Cerca de três milhões de emigrantes ilegais entram por ano, nos Estados Unidos da América, ao passo que esse número cifra-se em 55 mil, na Europa<sup>19</sup>.

Em Portugal, o mais recente relatório do SEF (Rifa2016.pdf) também reportado a 2016, refere que:

O ano de 2016 foi marcado, sobretudo, pelo contexto europeu de dificuldades na gestão das fronteiras grega (terrestre e marítima) e italiana (marítima), atenta a pressão migratória e a crise de refugiados, que implicou uma monitorização constante dos fluxos migratórios e uma resposta rápida, eficaz e solidária no âmbito da União Europeia, em particular através das agências Frontex e EASO.

Em 2016 assistimos à inversão da tendência de decréscimo da população estrangeira residente, que se verificava desde 2010, com um aumento de 2,3% face a 2015, totalizando 397.731 cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência.

---

<sup>18</sup> UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2016, em “[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016\\_Global\\_Report\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf)”.

<sup>19</sup> Em “<http://www.unodc.org/toc/en/crimes/migrant-smuggling.html>”.

Confirmou-se, igualmente, o aumento na concessão de novos títulos de residência, o que indicia um retomar da atractividade de Portugal como destino de imigração (acréscimo de 24,0%, totalizando 46.921 novos residentes).

Também no que se refere à prevenção da imigração ilegal, os resultados indicaram a detecção de mais cidadãos estrangeiros em situação irregular.

Por excesso de permanência (permanência ilegal, artigo 192.º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho) foram instaurados 11.080 processos (+2,9%), com destaque para as nacionalidades brasileira (3.420), cabo-verdiana (1.101), nepalesa (941), indiana (808) e ucraniana (767);

Registo pelo SEF de 310 crimes, sendo os tipos de crime mais expressivos a falsificação de documentos (137), o auxílio à imigração ilegal (49) e o casamento de conveniência (31).

Os números revelam pois, como os processos migratórios são, actualmente, «o coração do tráfico internacional de seres humanos»<sup>20</sup>.

Isso mesmo foi reconhecido na definição contida no artigo 3º nº 2 do 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 (Protocolo de Palermo de 2000), de «infracção transnacional» (quando tenha sido cometida em mais de um Estado (i); quando tenha sido cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, da sua planificação, da sua direcção ou do seu controlo tenha tido lugar num outro Estado (ii); quando tenha sido cometida num Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique actividades criminosas em mais de um Estado (iii); ou quando tenha sido cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais num outro Estado (iv)).

Nos considerandos 5 e 16 da Directiva 2011/36/EU está igualmente patentado esse reconhecimento, ao afirmarem, respectivamente, a necessidade

---

<sup>20</sup> Ditmore, Melissa; Wijers, Marjan. The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Person. *Nemesis*, nº 4, p. 79-88, 2003.

de intensificação da cooperação transfronteiriça, entre as autoridades policiais, judiciárias e financeiras dos Estados-Membros incluindo a maior cooperação entre a Europol e a Eurojust e a criação de equipas de investigação conjuntas; ao definir critérios de atribuição de competência internacional aos Estados-Membros, «a fim de assegurar a eficácia da acção penal contra os grupos criminosos internacionais cujo centro de actividade se encontre num Estado-Membro e que se dediquem ao tráfico de seres humanos em países terceiros».

De resto, nas legislações de alguns Estados que adoptaram os critérios de criminalização e de protecção das vítimas do tráfico de pessoas consagrados no Protocolo de Palermo, o conceito de vulnerabilidade da vítima inclui a imigração ilegal, entre outras situações (v.g., gravidez, doença mental ou deficiência física, pobreza)<sup>21</sup>.

A evidente conexão e identidade ontológica entre o tráfico internacional de pessoas e a migração ilegal, nas diversas formas em que esta pode e deve ser incriminada é, ainda, o que fundamenta a necessidade de delimitação dos dois fenómenos exarada em diferentes estudos sociológicos e jurídicos que vêm sendo realizados, nestas matérias, procedendo à identificação dos índices em função dos quais costumam distinguir o tráfico de pessoas e os fluxos migratórios ilegais, com especial enfoque no crime de auxílio à emigração ilegal e a constatação de

---

<sup>21</sup> Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção da Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional..., Centro para a Prevenção Internacional do Crime – Nações Unidas, versão 3, Viena, Março de 2003, p. 25, em “<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>”. V. g., o «Victims of Trafficking and Violence Prevention Act» (2000 EUA) inclui entre as causas de vulnerabilidade, a denúncia aos serviços de imigração da situação de permanência irregular da vítima em território nacional. Do mesmo modo, do item 24 da Declaração e Programa de Acção de Viena, adoptada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25/06/1993 ao anunciar a importância que deve ser dada à promoção e protecção dos direitos humanos, aponta como exemplo «de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis» e em relação aos quais deve ser dada prioridade à prossecução de tal promoção e protecção, os trabalhadores migrantes, em “<https://nacoesunidas.org/>”. Sobre o conceito de vulnerabilidade como categoria sem conteúdo ontológico, passível de sentidos estritos e amplos e como fundamento de incriminação, Castilho, Ela Wiecko V. de Castilho, *Problematizando o Conceito de Vulnerabilidade para o Tráfico Internacional de Pessoas, Tráfico de Pessoas, Uma Abordagem para os Direitos Humanos*, pp. 134-153, Ministério de Justiça, Brasília, 2013, in “[http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha\\_traficodepessoas\\_uma\\_abordadem\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf)”.

que, em grande número de casos, os dois fenómenos se entrecruzam e se confundem, de tal maneira, que dificultam exponencialmente o enquadramento jurídico-legal dos factos submetidos à apreciação dos Tribunais e podem criar distorções de outra natureza, designadamente, quanto a saber se as pessoas traficadas que entram e permanecem em Portugal sem autorização de entrada e residência, adquirem o estatuto de vítimas do crime de tráfico de seres humanos ou o de emigrantes ilegais.

As dificuldades práticas de distinção adensam-se quando se analisam as causas de ambos os fenómenos e se concluí que os motivos que levam as pessoas a migrar são, em grande medida, exactamente os mesmos que as tornam vulneráveis para serem traficadas – a globalização, quanto aos seus efeitos de concentração da riqueza e dos factores de produção em determinadas regiões do planeta e, reversamente, de pobreza extrema em outras, os conflitos armados, as perseguições políticas, o advento do terrorismo organizado e em larga escala, sobretudo, após a tragédia do dia 11 de Setembro de 2001, nos EUA, a procura de melhores oportunidades de trabalho e de condições de vida, noutros países, em resultado de problemas económicos e sociais, nos países de origem, as mudanças climáticas, geradoras de grandes catástrofes naturais e consequentes êxodos de populações<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> A propósito da distinção entre tráfico de seres humanos e o auxílio à emigração ilegal e das suas semelhanças e causas: Costa, J. A., O Tráfico de Seres Humanos, 2011, verbo jurídico.net, “[https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/joanacosta\\_traficosereshumanos.pdf](https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/joanacosta_traficosereshumanos.pdf)”, Mendes, Paulo Sousa, Tráfico de Pessoas, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Cadernos do CEJ, 1º semestre 2008, nº 8, págs. 170-171; ONU, Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal – Módulo 1: Definições de Tráfico de Pessoas e de Introdução Clandestina de Migrantes, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, Nova Iorque, 2009, p. 18, Gallagher, Anne. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, n. 12, p. 25-28, 2002, em “<http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/FMRpdfs/FMR12/fmr12.9.pdf>”, Olakpe, Orea, The Compatibility of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Air, Land and Sea with International Human Rights Law, 2015, em “<https://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/student-conference-2015/oreva-olakpe-smuggling-protocol-compatibility.pdf>”, Aronowitz, Alexis A., Smuggling and Trafficking in Human Beings: The Phenomenon, The Markets That Drive it and the Organisations That Promote It, *European Journal on Criminal Policy and Research* 9: 163-195, 2001, 2001 Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, p 163 e ss.



De resto, cumpre assinalar que o esforço conceptual de distinção entre tráfico de seres humanos e introdução clandestina de migrantes a partir de índices de referência, como o consentimento; a transnacionalidade; a existência de um objectivo de exploração; da fonte do lucro, por si só, não é suficiente, nem adequado para alicerçar qualquer juízo, no sentido de que exista sempre um concurso real de crimes, porque, nos casos em que os factos integradores dos dois tipos de ilícito são praticados pelas mesmas pessoas e com uma conexão e proximidade espaço-temporal tal, que são antecedente cronológico e lógico ou acessórios e instrumentais, uns dos outros e, portanto, esses factores de distinção nem sequer se verificam, antes coincidem, no mesmo acervo factual.

Nessa medida, porque não tem correspondência com a realidade, a distinção torna-se artificiosa.

Além disso, por regra, os motivos invocados para a necessidade dessa distinção não servem qualquer propósito de enquadramento jurídico-penal direccionado à conclusão da existência desse concurso real de infracções, mas a outras preocupações de clareza e eficiência, por um lado, na vertente da perseguição penal (o segundo P da abordagem multidisciplinar preconizada na Directiva nº 2011/36/EU) e de salvaguarda da segurança e dos direitos das vítimas, por outro lado (o terceiro P da mesma abordagem global e multidisciplinar da Directiva).

Clareza, na identificação das situações de vida em que exista uma real exploração, característica do tráfico de seres humanos, precisamente, por, muitas vezes, este se confundir com a emigração ilegal e para sublinhar como o tráfico de seres humanos é, sobretudo, um problema de violação sistemática de direitos humanos e não apenas de cumprimento da legalidade no controle das fronteiras dos países, ou de segurança internacional.

---

Neves, Miguel e Pedra, Cláudia (coord.), Tráfico Humano - A Protecção dos Direitos Humanos e Vitimas de Tráfico de Pessoas - Rotas, Métodos, Tipos de Tráfico e Setores de Atividade em Portugal, IEEI – Instituto de Estudos Estratégicos Internacionais, Outubro, 2012, p. 18, em “[http://www.ieei.com.pt/traficodepessoas/images/documentos/trafico\\_humano.pdf](http://www.ieei.com.pt/traficodepessoas/images/documentos/trafico_humano.pdf)”.



Eficiência, em ordem a assegurar a efectividade da investigação criminal de factos que são realmente crimes de tráfico de seres humanos e eficiência, na responsabilização criminal por este tipo de crime e na efectividade de condenações.

A atenção aos direitos das vítimas, por questões, não só humanitárias, mas também oportunistas, relacionadas com a obtenção de meios de prova, consabido, como é, o peso das declarações para memória futura ou, em qualquer caso, da prova testemunhal, através dos relatos das próprias vítimas, na demonstração da existência do tráfico de seres humanos e os perigos da revitimização e do encobrimento dos traficantes, em resultado das cumplicidades que se criam, entre sujeitos activos e passivos destes crimes, as quais, fruto de coerção, medo de represálias, descrença no sistema de Justiça e sensação de desamparo ou mera ilusão de que a breve trecho se livrarão do jugo do abuso e da violência, acabam por gerar um autêntico bloqueio de silêncio, que inviabiliza a descoberta da verdade material.

E a diferença entre ser tratado como vítima de tráfico de seres humanos ou como emigrante ilegal não é de somenos.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> É que, por exemplo, à luz da legislação portuguesa, o cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente no território português pode ser detido por qualquer autoridade policial, para ser apresentado, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, ao juiz do juízo de pequena instância criminal, na respectiva área de jurisdição, ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País, para a sua validação e eventual aplicação de medidas de coacção (art. 146º nº 1) sujeita-se a ser expulso (art. 134º nº 1 al. a)) a ser judicialmente perseguido, designadamente, pela prática de alguma das contra-ordenações previstas nos arts. 192º a 203º da Lei 23/2007, a ser sujeito a afastamento coercivo ou expulsão judicial e repatriado, ou, ainda, a interdição de entrada em Portugal por período não inferior a cinco anos, nos termos previstos nos arts. 135º a 150º e 152º a 158º da mesma Lei. Em contrapartida, a vítima de crime de tráfico de seres humanos, tem a possibilidade de obtenção de autorização de residência, de aquisição do estatuto jurídico-processual de vítima, direito a reparação pecuniária pelos prejuízos causados, acesso ao regime jurídico de protecção de testemunhas, a exercer o direito de regressar ao seu país em condições de liberdade e segurança, medidas de viabilização da sua integração social e inserção no mercado de trabalho de acesso a cuidados de saúde, assistência judiciária (arts. 109º da Lei 29/2012, de 9 de Agosto, de 4 de Julho e artigo único do Decreto-Lei 368/2007, de 5 de Novembro; arts. 111º; 113º da Lei 23/2007 de 4 de Julho; Directiva 2012/29/EU; DL 130/2015 de 4 de Setembro). Em todo o caso, a redacção do art. 139º da Lei 23/2007 de 4 de Julho na redacção que lhe foi introduzida pela Lei nº 63/2015 de 30 de Junho, ao permitir o apoio ao regresso voluntário e à possibilidade de emissão excepcional de visto de curta duração, por razões humanitárias, nos termos definidos no artigo 68º, já mitiga, em alguma medida o tratamento diferente concedido aos emigrantes ilegais (a que

Quando estes dois fenómenos se associam, ou entrecruzam e os emigrantes são, em simultâneo, ilegais e vítimas de tráfico de pessoas, a conciliação entre os interesses da legalidade das condições de entrada e permanência em Portugal e os de protecção dos direitos, liberdades e garantias das vítimas assume, pois, natureza crítica.

As políticas de limitação da entrada de estrangeiros nos países vêm assumindo acuidade intensificada após os ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001, ao *World Trade Center* e ao Pentágono, pelo medo associado ao terrorismo, mas ainda para dar cobertura a outro tipo de interesses relacionados com excessos da concorrência laboral, potenciadores de desemprego, da redução de salários entre os imigrantes, diminuição da produtividade, inibição no processo de desenvolvimento tecnológico, concorrência desleal, resultante da redução dos custos de mão-de-obra, dos salários dos trabalhadores locais e todo um outro conjunto de custos sociais, envolvendo a integração social e cultural de estrangeiros, nos países para onde emigram<sup>24</sup>.

Ou, ainda, de forma demagógica e hipócrita, não para prossecução de qualquer objectivo legítimo de interesse e ordem públicos, relacionados com a legalidade das fronteiras ou com a sua soberania, os Estados tendem, por vezes, a tratar como imigrantes ilegais as mulheres exploradas sexualmente, nas redes internacionais de prostituição para cumprimento de interesses estritamente moralistas, ou os trabalhadores emigrantes em situação irregular, para dar

---

não deixa de estar subjacente o reconhecimento de que a emigração ilegal também é um problema de violação de direitos humanos).

<sup>24</sup> Anderson, Bridget; Davidson, Julia O'Connell. Trafficking – a demand led problem? A multy-country pilot study. Part I: Review of evidence and debates. Save the children, 2004, em “[http://www.jagori.org/research\\_dst.htm](http://www.jagori.org/research_dst.htm)”, Kapur, Ratna, Travel plans: border crossings and the rights of transnational migrants. Harvard Human Rights Journal, v. 8, p. 107 – 138, 2005, em “[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=779804](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=779804)”, Castles, Stephen. Environmental change and forced migration: making sense of the debate, New issues in Refugee Research. Working paper n° 70. October, 2002, em “[http://www.reliefweb.int/library/RSC\\_Oxford/data/UNHCR%20](http://www.reliefweb.int/library/RSC_Oxford/data/UNHCR%20)”, Castles, Stephen, Global Perspectives on Forced Migration, March 2006, Asian and Pacific Migration Journal, Vol 15, Issue 1, pp. 7-28, em “<https://doi.org/10.1177/011719680601500102>”, e Olakpe, Oreva, The Compatibility of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Air, Land and Sea with International Human Rights Law, 2015, in “<https://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/student-conference-2015/oreva-olakpe-smuggling-protocol-compatibility.pdf>”.

acolhimento a «tiques» populistas e xenófobos, no lado precisamente oposto aos princípios de humanismo e solidariedade entre os povos, exarados nos Tratados e Convenções Internacionais a que se vincularam, num fenómeno que os sociólogos denominam de «Pânico Moral» e sob cuja influência podem criar-se as mais diversas distorções na abordagem multidisciplinar e global do fenómeno do tráfico de seres humanos e, em nome da defesa dos direitos humanos, praticar toda uma variedade de abusos desses mesmos direitos<sup>25</sup>.

### 7. A solução proposta

A verdade é que um crime global, exige respostas globais, daí que se afigure imperioso o esforço de clarificação de conceitos, de uniformização das melhores práticas, que, no sistema judiciário, passarão pela ampla e aprofundada cooperação judiciária internacional, mas também pelo fomento à uniformização de critérios de interpretação e aplicação da Lei.

Em todo este contexto, afigura-se que a inserção de uma cláusula legal expressa de especialidade ou de subsidiariedade entre os crimes de auxílio à emigração ilegal e de tráfico de seres humanos introduziria um factor de

---

<sup>25</sup> Sobre o conceito e os riscos do Pânico Moral: movimento social que promove campanhas políticas em torno de determinadas questões morais e simbólicas, sem levar em conta a resolução justa e democrática do problema focalizado, Silva, Ana Paula; Blanchette, Thaddeus; Pinho, Ana Marina Madureira; Pinheiro, Bárbara; Leite, Gabriela Silva (2005), “Prostitutas, ‘traficadas’ e pânico moral: uma análise da produção de fatos em pesquisas sobre o ‘tráfico de seres humanos’”, *Cadernos Pagu*, 25, em “[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332005000200007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200007)”, Cohen, Stanley. *Folk devils and moral panics*. London, Mac Gibbon and Kee, 1972, Piscitelli, Adriana. *Entre a praia de Iracema e a União Europeia: turismo sexual internacional e migração feminina*. In: Piscitelli, A. et alii (org.) *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro, Garamond, 2004, p. 3, Anderson, Bridget; Davidson, Julia O’Connell (2002), *Trafficking – a demand led problem*. Sweden: Save The Children, Corrin, Chris (2005), “Transnational Road For Traffic: analysing trafficking in women from and through Central and Eastern Europe”, *Europe-Asia Studies*, 57 (4), 543-560, Kempadoo, Kamala (2005), *Trafficking and Prostitution Reconsidered. New Perspectives on Migration, Sex work, and Human Rights*. USA: Paradigm Publishers, Ventrella, Matilde (2010), *The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU. Experiences from the UK and Italy*. Liverpool: Ashgate, Santos, Boaventura de Sousa; Duarte, Madalena; Grot, Karolina; Pop, Lia; Savona, Ernesto; Weyembergh, Anne e Pérez, Carmen, *The Fight Against Trafficking in Human Beings in EU: promoting legal cooperation and victims’ protection*, European Commission, ISEC Action Grant, HOME/2010/ISEC/AG/054 30-CE-0447227/00-35 THB\_CoopToFight.pdf, em “[http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2016/01/THB\\_CoopToFight.pdf](http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2016/01/THB_CoopToFight.pdf)”.

simplificação na aplicação do Direito, com evidentes vantagens, em termos de segurança jurídica.

Essa cláusula poderia, por exemplo, envolver a alteração da redacção do art. 160º n.º 1 al. d) do Código Penal, à semelhança da técnica de descrição típica do homicídio qualificado.

Ou seja, o meio de constrangimento ou supressão da vontade que consiste no aproveitamento da especial vulnerabilidade, ter-se-ia por verificado sempre que «a pessoa visada não tenha outra escolha real nem aceitável senão a de submeter-se ao abuso», conforme ao artigo 2º n.º 2 da Directiva 2011/36/EU (retomando a expressão que já se encontrava exarada no artigo 1º al. c) da Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002, por seu turno, inspirada na alusão contida nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo), conformando-se a ideia de aceitabilidade a um critério de razoabilidade e àquilo que, por referência às regras de experiência comum, se pode considerar humanamente aceitável<sup>26</sup>.

De seguida, enumerar de forma meramente exemplificativa, como exemplos-padrão, reveladores dessa ausência de outra opção real ou aceitável, entre outras, a circunstância de a pessoa, sendo estrangeira, se encontrar em Portugal, em situação ilegal, nos termos de alguma das normas contidas no art. 183º da Lei 23/2007, ou ter sido introduzida clandestinamente em Portugal e aqui permanecer por alguma das formas previstas, pelo art. 183º da Lei 23/2007, por acção do autor dos factos do tráfico de seres humanos ou de algum seu co-autor ou cúmplice.

Outra alternativa, seria a de inserir, nas modalidades de acção, já contidas no tipo fundamental do art. 160º n.º 1 do CP – oferta, entrega, aliciamento,

---

<sup>26</sup> Neste sentido, cfr. Miguez Garcia, M. e Castela Rio, J. M. em «Código Penal, Parte geral e especial», Almedina, 2014, nota 6, pág. 666, e Vaz Patto, Pedro em «O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto», Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 8/2008, pág. 194, ILO; Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement, Genebra, 2005, págs. 107 a 110, Neves, M. e Pedra, C., A Protecção dos Direitos Humanos e as Vítimas do Tráfico de Pessoas – Rotas, Métodos, Tipos de Tráfico e Sectores de Actividade em Portugal, Lisboa, IEEI, 2012, p. 57.

aceitação, transporte (por meio próprio do agente ou de terceiro, mas custeado pelo agente), alojamento ou acolhimento de uma pessoa, a menção de que o transporte, o alojamento e o acolhimento incluem a introdução clandestina e a permanência ilegais em Portugal de cidadãos estrangeiros.

O *iter criminis* definido na descrição legal contida no artigo 160º do CP, quanto aos métodos de intimidação ou condicionamento da vontade das vítimas, particularmente, os referidos nas alíneas a) e b) do nº 1, violência, rapto ou ameaça grave; uso de ardil ou manobra fraudulenta, confere ao tráfico de seres humanos a natureza jurídica de crime complexo.

Com efeito, no que concerne ao uso de violência e à ameaça grave, à semelhança do que sucede com outros tipos legais de crime previstos na parte especial do CP português, em que a violência e a ameaça grave são modalidades típicas de execução do crime, existirão sempre que sobre a vítima seja exercida força física, tanto na modalidade de vis absoluta, como, na de vis compulsiva, dirigidas a vencer a resistência oferecida ou esperada (verificando-se a vis compulsiva, quando o coagido é capaz de tomar uma decisão segundo a sua própria vontade, apesar de essa vontade ser pressionada e a vis absoluta, quando o coagido não é capaz de opor resistência à acção do sujeito activo) e, no caso da ameaça, o anúncio de um mal eminente ou futuro, com a virtualidade de retirar à vítima a liberdade de agir e decidir, de forma esclarecida e autêntica, forçando-a, assim, a aceitar ser explorada, para alguma das finalidades contidas no tipo do art. 160º do CP.

Ora, estes modos de agir, aqui contextualizados por um intuito de exploração da força de trabalho, ou do próprio corpo, tanto podem ser actos atípicos, desde que causalmente adequados à coerção da vontade, como podem constituir factos que, se isoladamente considerados, corresponderiam a crimes de ofensa à integridade física; de coacção, de ameaça, de extorsão, rapto, ou sequestro.

Do mesmo modo, o uso de ardil ou manobra fraudulenta é também uma forma de constrangimento, ou neutralização da vontade livre da vítima, mas

através da criação de uma falsa aparência de realidade, de um engano, quanto à natureza e consequências da sua actuação e que determina a vítima a sujeitar-se à relação de subjugação pretendida pelo agente do crime, não bastando, para este efeito, o aproveitamento do erro ou falso convencimento da realidade espontaneamente formado pela própria vítima.

Ora, este ludíbrio, também pode ser obtido à custa de comportamentos atípicos penalmente, conquanto aptos à adulteração do processo de formação da vontade, nos termos ali exigidos, como pode a reconduzir-se a métodos enganosos, característicos, por exemplo, do crime de burla.

No entanto, porque praticados no contexto do abuso e violência exercidos para neutralizar e intimidar a vítima com o intuito de a utilizar como «meio de produção» de trabalho forçado, de exploração sexual, mendicidade, prática de crimes, ou extracção de órgãos perdem autonomia, integrando elementos do tipo de tráfico de seres humanos.

O mesmo poderia acontecer com o crime de auxílio à emigração ilegal, através da inserção mencionada, no texto do artigo 160º nº 1 do CP, como elemento do *iter criminis*, integrando uma das formas de supressão ou constrangimento da vontade, até porque quem se sujeita a entrar num circuito clandestino de deslocamento do seu país de origem, para outro, na esmagadora maioria dos casos, para fugir da guerra ou da exclusão social, só muito dificilmente, se pode considerar livre.

Poderia ainda o legislador integrar no nº 4, como uma sexta agravante modificativa das penas previstas nos nºs 1; 2 e 3 do artigo 160º do Código Penal, o recurso à entrada, trânsito e permanência em Portugal, em condições ilegais, nos termos previstos no art. 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho como meio de execução da finalidade da exploração de uma pessoa por outrem (solução que asseguraria, em matéria de consequências sancionatórias, que o sentido jurídico-social de ilicitude e de culpa do auxílio à emigração ilegal tivesse incidência específica, na moldura penal abstracta aplicável ao tráfico de seres humanos, quando cometido através daquele crime, em vez de influenciar apenas a dosimetria concreta da

pena prevista no tipo simples ou fundamental contido nos nºs 1 e 2 do artigo 160º do CP).

Em qualquer destas três hipóteses, a inclusão da menção ao crime de auxílio à emigração ilegal deixaria expressa, em texto legal, o carácter acessório e instrumental deste tipo de crime, em relação ao crime de tráfico de seres humanos, que assim passaria a estar com o primeiro, numa relação de especialidade.

Outra alternativa, ainda, seria a de integrar no art. 183º da Lei 23/2007, uma menção, no sentido de que, se os factos descritos nos nºs 1 e 2 fossem praticados com o intuito de submeter o cidadão estrangeiro a alguma das actividades - trabalho forçado, exploração sexual, mendicidade, extracção de órgãos, prática de crimes e, no caso das crianças, adopção, a pena seria a já prevista nalgum dos seus números (mais provavelmente, o nº 2 ou o nº 3), com o aditamento, da expressão «se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal».

Neste caso, o crime de auxílio à emigração ilegal teria com o crime de tráfico de seres humanos, porque este último é mais gravemente punido, uma relação de subsidiariedade expressa, à semelhança do que sucede, por exemplo, com o crime de violência doméstica tipificado no art. 152º do Código Penal, em relação a factos integradores, por exemplo, do crime de violação que, se praticados no circunstancialismo do convívio conjugal e como meios de execução da afronta à dignidade do cônjuge nessa qualidade relacional perdem autonomia e integram-se, por via do concurso aparente, numa unidade criminosa<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> «O crime de violência doméstica – crime específico impróprio ou impuro e de perigo abstracto – pode criar uma relação de concurso aparente de normas com outros tipos penais, designadamente as ofensas corporais simples (artigo 143º nº 1 do Código Penal), as injúrias (artigo 181º), a difamação (artigo 180º nº 1), a coacção (artigo 154º), o sequestro simples (artigo 158º nº 1), a devassa da vida privada [artigo 192º nº 1. al. b)], as gravações e fotografias ilícitas [artigo 199º nº 2 al b)]» (Ac. da Relação de Évora de 08.01.2013 proc. 113/10.oTAVVC.E1 mencionado supra). No mesmo sentido: Acs. da Relação de Lisboa de 13.12.2016, proc. 1152/15.oPBAMD-5; Ac. da Relação do Porto de 27.09.2017 proc. 1342/16.9)APRT, em “<http://dgsi.pt>”, e Dias, Figueiredo, Dtº. Penal, Parte Geral, I, Coimbra editora, 2ª edição, 2007, pág. 997.



Na medida em que essa cláusula só poderia ser aplicada, nos casos em que existe a tal relação instrumental crime-meio/crime-fim, em que os factos globalmente analisados revelam um único sentido jurídico-social de ilícito e em que, portanto, seria injusta a aplicação do regime sancionatório previsto no artigo 77º do Código Penal, teria as mesmas vantagens da consunção, ou seja, manter incólumes as descrições legais dos tipos de tráfico de seres humanos e auxílio à emigração ilegal e as respectivas molduras penais abstractas, assim como as expectativas dos arguidos quanto aos limites da punibilidade.

O valor acrescentado em relação à consunção, é o de permitir aos Tribunais, sem grande esforço interpretativo e argumentativo, uniformizarem critérios de aplicação do Direito a factos semelhantes, neutralizando, por essa via, a potencial controvérsia que a natureza casuística da regra da consunção não é apta a resolver, com reais benefícios em termos de justiça relativa e de cabal concretização do princípio constitucional da igualdade, tanto para os arguidos, quanto para as vítimas.

As molduras penais fixadas nos artigos 160º do CP e no art. 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho, isoladamente consideradas, já espelham de forma evidente a extrema gravidade que cada um destes crimes pode revestir em concreto, tanto nas suas formas simples, como qualificadas e não é por via da exasperação da punição, cedendo à tentação de um certo justicialismo (como uma espécie de efeito reflexo ou incidência do fenómeno do pânico moral, no sistema de Justiça) que se debelam as causas que determinam os fenómenos do tráfico de seres humanos e de auxílio à emigração ilegal.

Essa é matéria que se insere no primeiro P (de prevenção) da abordagem multidisciplinar preconizada na Directiva, na qual os Tribunais só têm intervenção, a posteriori, em termos de prevenção geral e especial positivas, que estão associadas à aplicação das penas (através de reposição da confiança da comunidade na validade e eficácia das normas penais violadas e do efeito potencialmente dissuasor da pena para evitar a prática de outros crimes).



Essa exasperação, com o sacrifício do princípio do *ne bis in idem* acontecerá, garantidamente, face às molduras penais dos tipos de crime em apreço e à identidade ontológica dos fenómenos sociais que lhes subjazem, se se considerar, que, apenas porque os bens jurídicos protegidos são diferentes, há, automaticamente, concurso real de infracções entre o crime de tráfico de seres humanos e o de auxílio à emigração ilegal.

O peso dos dados estatísticos, o carácter pandémico e a extrema gravidade dos fenómenos do tráfico internacional de seres humanos e da introdução clandestina de migrantes nos diversos países, assim como os impactos fortemente negativos dos êxodos de milhares de pessoas de outras nacionalidades para a Europa, ao nível da organização demográfica, social e política dos Estados, não pode fazer perder de vista os princípios constitucionais da necessidade e do carácter fragmentário do Direito Penal, nem o princípio da proporcionalidade, por via de uma exasperação dos critérios punitivos, de tal ordem, que, a reboque do alarme social e das incidências do pânico moral, legitime uma espécie de «máxima intervenção penal» ao arrepio dos valores essenciais ao Estado de Direito Democrático.

## 8. Conclusões

– Tanto o crime de tráfico de seres humanos, quando este assume carácter internacional, como o crime de auxílio à emigração ilegal, quando praticado sob o móbil do lucro e/ou em condições «desumanas e degradantes» colocam questões graves de violação dos direitos humanos das pessoas sujeitas à exploração ou à introdução clandestina em países diferentes daqueles de que são nacionais.

– Na prática, muitas vezes, os factos integradores dos crimes de tráfico de seres humanos e de auxílio à emigração ilegal, entrecruzam-se, correlacionam-se ou cobrem-se uns aos outros, a tal ponto, que se reúnem, nas mesmas pessoas, tanto do lado activo, agindo por si, ou sob alguma das formas de participação criminosa, como do lado passivo,

convertendo pessoas que começam por ser apenas emigrantes ilegais, em vítimas de tráfico de seres humanos, sendo uns factos causa e efeito dos outros e praticados através da utilização das mesmas rotas de deslocação entre os países e os continentes.

– Quando tal suceda, à luz da actual configuração legal dos crimes de tráfico de seres humanos e de auxílio à emigração ilegal, nos artigos 160º do Código Penal e 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho, respectivamente, o enquadramento-jurídico penal dos factos deverá ser feito como concurso aparente de crimes, com recurso à regra da consunção, que será pura ou impura, consoante o sentido jurídico-social de ilícito, único ou dominante, que se encontre expresso no comportamento do agente ou dos agentes, globalmente analisado, seja o do tráfico de seres humanos, ou seja o do auxílio à emigração ilegal.

– Fruto da natureza casuística da regra da consunção, que não garante uma uniformidade de critérios jurisprudenciais de interpretação e aplicação da Lei Penal; da dimensão universal e da enorme proliferação dos fenómenos do tráfico de seres humanos e da introdução clandestina de migrantes ou contrabando de pessoas, da extrema gravidade das suas consequências e dos perigos inerentes ao alarme social e ao chamado «pânico moral» que estes dois fenómenos suscitam, é imperioso um esforço de clarificação e de uniformização de critérios de análise destes fenómenos, quer ao nível de conceitos sociológicos, quer jurídicos, que passem a ser universalmente aceites, bem assim, na recolha de dados estatísticos e na tal abordagem «três P» (prevenção das causas; punição dos infractores; protecção das vítimas do tráfico de seres humanos).

– A clarificação, na ordem jurídica portuguesa, em matéria de enquadramento jurídico-penal de factos que são simultaneamente integradores dos dois tipos de ilícito penal e estejam, entre si, nessa tal relação de mais e de menos, de conteúdo e continente, de crime meio e crime fim, implica uma nova intervenção legislativa, no artigo 160º do

Código Penal, ou no artigo 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho, pois só ela evitará o risco de violação do princípio *ne bis in idem* e assegurará o cumprimento integral do princípio da proporcionalidade, na escolha e determinação concreta das penas, assim como do princípio da igualdade, no que concerne ao modo de censura jurídico-penal dos autores dos crimes, quer no modo de tratamento das vítimas.

– Essa intervenção clarificadora do legislador deveria concretizar-se pela introdução expressa, no texto do nº 1 do art. 160º do CP, da menção à entrada, trânsito ou permanência de cidadãos estrangeiros em Portugal, nos termos previstos no art. 183º da Lei 23/2007 de 4 de Julho, como mecanismo de coerção da vontade das vítimas, ou como exemplo-padrão da exploração da situação de especial vulnerabilidade; ou, ainda, como circunstância agravante modificativa, no nº 4 do mesmo artigo 160º (relação de especialidade), ou, por fim, através da introdução de uma cláusula de subsidiariedade expressa, no referido artigo 183º segundo a qual, se os factos descritos nos nºs 1 e 2 fossem praticados com o intuito de submeter o cidadão estrangeiro a alguma das actividades - trabalho forçado, exploração sexual, mendicidade, extracção de órgãos, prática de crimes e, no caso das crianças, adopção, a pena seria a já prevista nalgum dos seus números (mais provavelmente, o nº 2 ou o nº 3), com o aditamento, da expressão «se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal».