

POR UMA TUTELA POLÍTICO-CRIMINAL HUMANÍSTICA CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.205.3>

*Emanuel Carvalho**

1. Enquadramento

O tema projetado encobre, como é usual na pesquisa, uma questão, que sem delonga fixamos à cabeça deste enquadramento para apresentar os tópicos a abordar. Ao certo, pretendemos escrutinar o quadro político-normativo internacional, europeu (inclusive da União Europeia) e nacional concebido para a prevenção e repressão do tráfico humano para apurar se reflete o respetivo crime como um atentado aos Direitos Humanos?

Mas antes de avançarmos para o escrutínio proposto, importa ter presente que estamos diante de um fenómeno criminoso responsável por gerar um volume de proveitos incomum por ser tão elevado¹, da qual se infere uma ineficiência da intervenção das autoridades competentes, e que o Estado Português representa um destino de entrada, trânsito e destino do tráfico humano².

Para delimitar o presente objeto salientamos que a análise se sedimenta no viés jurídico, ainda que seja nossa pretensão que vá além do interesse dos mais variados profissionais do foro do direito, de modo a lançar o repto para o estudo complementar ou interligado sobre este fenómeno criminoso por via das demais ciências, como a política, a criminologia, a psicologia, a medicina e a sociologia. E em abono da verdade, a pretensa análise

* Professor Auxiliar na Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Investigador integrado no Centro de Investigação & Desenvolvimento em Ciências Jurídicas – *Ratio Legis* da UAL e no Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov) da Escola de Direito da Universidade do Minho. Contato: ecarvalho@autonoma.pt

1 UNITED NATIONS, United Nations Office on Drugs and Crime – *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, pp. 46-51. GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY – *Transnational Crime and the Developing World*, pp. 13-14.

2 MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO INTERNA – Sistema de Segurança Interna – *Relatório Anual de Segurança Interna 2023*, pp. 53-57.

jurídica encontra-se também conformada pela estrutura sintética do presente, sendo indispensável visitar os demais estudos sobre esta temática para cabal apreensão.

Por fim, vamos privilegiar ao longo do texto a expressão “tráfico humano” por ser abreviada e concertante com o apanágio de Direitos Humanos (admitindo-se, em traços largos, uma sinonímia com os termos “tráfico de seres humanos” e “tráfico de pessoas”, que até aplicamos no tema para evitar uma cacofonia literal-oral) e recortar a política criminal atinente ao tráfico humano na dimensão político-criminal *stricto sensu* e na dimensão penal material, processual penal e penal-penitenciária.

2. Política criminal (*stricto sensu*) do tráfico humano

O recorte político-criminal em sentido estrito agrega uma faceta político-institucional (ou político-funcional) e outra faceta político-normativa, que aqui se justifica o apartamento para oferecer uma cabal (mas ainda parcial) resposta à questão sobredita.

Assim, do ponto de vista político-institucional reconhecemos a preponderância internacional atuante da Organização das Nações Unidas (ONU) por influir as políticas de dezenas de Estados dirigidas à prevenção-repressão da criminalidade transnacional com forte influxo para debelar o tráfico humano, porém a atribuição dessa tutela ao Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes coloca o referido fenómeno criminoso a par de outras formas de criminalidade organizada que nada têm que ver com a pessoa humana – *e.g.* tráfico de vida selvagem –, além de que ignora que o delito pode ser operado por forma não organizada e circunscrita ao território nacional ou de um Estado. Acresce referir um espartilhamento da referida tutela institucional-internacional por diferentes entidades sob a alçada ou estreita conexão com a ONU, nomeadamente pelo Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância e pela Organização Internacional do Trabalho³.

No espaço europeu o papel do Conselho da Europa é garantidamente positivo pela fiscalização rigorosa levada a cabo pelo Grupo de Peritos sobre o Tráfico Humano junto dos Estados-membros quanto à aplicação da Convenção

3 Luís Lemos TRIUNFANTE – *Manual de cooperação judiciária internacional em matéria penal*, pp. 230-232.

de Varsóvia⁴, mas a transposição tem sido feita com lacunas⁵ e o recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para escutinar a atuação de um Estado-membro implica o esgotamento das instâncias jurisdicionais nacionais⁶, o que pode não ser compatível com a disponibilidade e capacidade de várias índoles da vítima de tráfico humano.

No espaço da União Europeia, o Tratado de Lisboa ao submeter a aplicação da respetiva política criminal aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade veio conferir um *plus* à construção de um espaço de direito penal comum, mas estamos longe de uma efetiva harmonização político-criminal⁷, convocando para aqui as diferenças das molduras penais para revelar as incoerências nacionais (*e.g.* a pena privativa da liberdade mínima para a incriminação do tráfico humano situa-se no ordenamento jurídico português em 3 anos, no francês em 7 anos e no alemão em 6 meses⁸). Acresce referir que a recente implementação da Procuradoria Europeia privilegiou a persecução dos “euro-crimes” financeiros e ainda que se possa apreciar essa designação como aquela politicamente mais consensual de momento, conduz-nos à questão já elevada em saber se o direito penal europeu será feito sobre o primado dos direitos fundamentais ou não (?)⁹.

No espaço português identificamos uma implementação de políticas criminais dirigidas à prevenção-repressão do tráfico humano tão cuidada quão subsistente, mas há causas que têm emperrado a melhor atuação pública como a demora na transição teórica para a prática dos respetivos planos, a ausência de recursos financeiros e humanos, a predominância das políticas criminais serem gizadas pelos Governos ao invés da Assembleia da República – seja pelo poder executivo gozar de maioria parlamentar, seja pelas coligações partidárias representarem a alternativa recente para a constituição de governos, diminuindo-se assim a atuação de pesos e contrapesos balizada constitucionalmente entre os referidos órgãos de soberania – e o fenómeno da hipertrofia legislativa e, em particular, o da

4 *Idem*, pp. 240-242.

5 CONSELHO DA EUROPA – 9^o *Rapport Général sur les activités du GRETA*, pp. 25-26.

6 Art. 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

7 Anabela MIRANDA RODRIGUES – “Art. 82.º”, in Gonçalo ANASTÁCIO, Manuel Carlos Lopes PORTO – *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, pp. 426-433.

8 Art. 160.º, n.º 1, *in fine* do Código Penal Português; art. 232 (1) do Código Penal Alemão; art. 225-4-1 *in fine* do Código Penal Francês.

9 Manuel Monteiro GUEDES VALENTE – *A construção de um espaço penal europeu sob o primado dos direitos fundamentais: sonho ou realidade?*, p. 11.

hipercriminalização¹⁰. Como prova da ineficiência da tutela pública temos os indicadores das autoridades que revelam um número reduzido de casos associados ao tráfico humano¹¹ e a atuação das Organizações Não Governamentais e da sociedade civil ser indispensável e preponderante no apoio à respetiva vítima, esta última em razão da pragmaticidade, multifacetação e privacidade do apoio aliada ao estabelecimento célere de vínculos de confiança¹².

Agora do ponto de vista político-normativo evidenciamos um quadro robusto em prol da vítima de tráfico humano, desde o patamar internacional até ao nacional, tanto de uma matriz genérica como específica, senão vejamos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Constituição da República Portuguesa temos a afirmação de um conjunto de direitos fundamentais em abono da pessoa como a dignidade, a liberdade, a igualdade, a segurança e a saúde, contribuindo inequivocamente para a proibição da prática de quaisquer formas de exploração da pessoa.

Em complemento e em sentido manifestamente proibitivo do tráfico humano sobressaímos a Convenção de Palermo¹³ e o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, a Convenção de Varsóvia¹⁴, a Convenção de Oviedo¹⁵, as Diretivas 2011/36/EU¹⁶ e 2011/93/EU¹⁷.

10 Manuel Monteiro GUEDES VALENTE – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «Progresso ao Retrocesso»*, 4.ª Ed., p. 26. Teresa SOUSA – *O Direito Penal na encruzilhada: Reflexões em torno da política criminal à luz da ciência política*, pp. 149-153.

11 MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO INTERNA – Sistema de Segurança Interna – *Relatório Anual de Segurança Interna 2023*, pp. 53-57.

12 Stephanie LIMONCELLI – *What in the World Are Anti-Trafficking NGOs Doing? Findings from a Global Study*, p. 323.

13 Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional.

14 Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos.

15 Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.

16 Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas

17 Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Estamos diante de uma ampla expressividade normativa que nos leva, de modo invariável, a questionar a dificuldade de levar a norma à prática, e entre as várias causas reiteramos a de índole político-institucional antes apontadas, às quais somamos as dificuldades em torno da aplicação material-territorial da norma incriminadora do tráfico humano (*e.g.* a implementação da Procuradoria Europeia será a antecâmara de uma instância jurisdicional da mesma natureza?) a par de um certo alheamento no foro nacional-português da normatividade penal internacional, europeia e da União Europeia ainda que vigentes por força da Constituição, promovendo uma *praxis* judiciária ainda aquém de uma cabal afirmação da cultura de Direitos Humanos.

3. Direito penal material do tráfico humano

O direito penal material dirigido ao tráfico humano dever-nos-ia impelir para a análise conjugada da respetiva norma incriminadora (artigo 160.º do Código Penal) e do quadro penal-material da criminalidade altamente organizada – levando em consideração o tratamento conceitual abstrato de crime e de criminalidade altamente organizada ao qual alude o Código de Processo Penal¹⁸. Porém (e sem prejuízo que o tráfico humano é suscetível de ser realizado por forma não organizada), o referido exame vai apenas se fixar na estrutura daquela norma uma vez que (como iremos cuidar no ponto subsequente) o legislador português preferiu retalhar o sistema penal material e processual penal, ao invés de o tratar de modo integral e subordinado à política criminal do ser humano¹⁹.

Concentrando então a análise material na norma incriminadora, constatamos que o preceito em apreço alberga diferentes tipos legais, a saber, os crimes de tráfico de pessoa adulta, de tráfico de pessoa menor, de alienação de pessoa menor, de utilização da vítima de tráfico humano e de subtração dos seus documentos. E a observação dos seus elementos constitutivos, guiados pela respetiva estrutura pentagonal – compreenda-se a conduta, a tipicidade (ou a antinormatividade), a ilicitude (ou a antijuridicidade), a culpabilidade e a punibilidade –, evidenciam dissidências, que vamos apontar de imediato as mais relevantes por colocarem à prova o funcionalismo penal vigente.

18 Art. 1.º, n.º 1, alíneas a) e m) do Código de Processo Penal.

19 André Luís CALLEGARI – *Controle social e criminalidade organizada*, pp. 16-18.

No plano da conduta, deslindamos uma norma incriminadora do tráfico de pessoa adulta que, seguindo à risca as diretrizes político-criminais supranacionais, apresenta um rol substancial de condutas emparelhadas em meios e fins delituosos, que conferem uma amplitude interpretativa ou aplicativa tão substancial ao ponto de beliscar a certeza jurídica indispensável ao funcionalismo penal²⁰.

Ainda no plano da conduta verificamos uma alternância, do ponto de vista da autoria, entre crimes de natureza comum ou específica, e quanto ao nível de atividade, entre uma execução vinculada e uma execução livre, que se pondera aqui em benefício de uma maior clareza normativa que as mesmas se apresentassem associados ao tipo simples como sendo de execução livre e constituindo a vinculação o fundamento de agravamento da moldura penal, sem prejuízo de uma moldura penal superior para a situação da vítima menor para salvaguardar a respetiva vulnerabilidade.

No plano da tipicidade, constatamos que a descrição das finalidades típicas com base na “técnica dos exemplos-padrão” tanto amplia a dificuldade de aplicação da norma, como compromete a validade constitucional à luz dos princípios da legalidade e tipicidade penal, além de ser uma técnica condicionada por não abarcar (tod)as finalidades ilícitas associadas ao tráfico humano, como a incriminação da sujeição da vítima a contrair casamento²¹.

No plano da ilicitude merece especial atenção o consentimento pois a norma proíbe expressamente a respetiva exclusão quando prestado pela vítima de tráfico humano. Ponderando-se neste campo a situação em que o agente pratica o crime desconhecendo o consentimento, à qual a lei reserva consequências jurídico-penais mas ao nível da tentativa, e tendo presente que a punibilidade da tentativa é afastada se ao crime consumado não corresponder uma moldura penal privativa da liberdade superior a três anos – como é exemplo os referidos tipos legais de crime de utilização da vítima de tráfico humano e de subtração dos seus documentos –, constatamos que é desrespeitada a recomendação da Convenção de Varsóvia vigente no nosso ordenamento no sentido de que à tentativa deve corresponder sempre uma consequência jurídico-penal²².

20 Confrontar o art. 160.º do Código Penal com o art. 3.º, alínea a), da Convenção-Protocolo de Palermo e art. 2.º, n.º 1, da Diretiva 2011/36/EU.

21 Maria João GUIA – *Imigração e Tráfico de Pessoas: “7 Ligações Perigosas”*, p. 15.

22 Artigo 21.º da Convenção de Varsóvia. Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código Penal*, 3.ª Ed., p. 633. Américo TAIPA DE CARVALHO – “Art. 160.º”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: artigos 131.º a 201.º* Tomo I (2.ª Ed.), p. 686.

No plano da punibilidade dirigida ao agente do crime, constatamos que a consequência matriz corresponde à pena de prisão e as respetivas as molduras apresentam-se suficientemente elevadas para condizerem com uma repressão penal robusta que se quer diante da gravidade inerente ao tráfico humano, mas existe margem de aperfeiçoamento ressaltando assim que a situação de vulnerabilidade da vítima não merece um agravamento da moldura penal conforme recomendado pela Diretiva 2011/36/EU²³. Em respeito à punibilidade da vítima de tráfico humano na situação em que é compelida à prática de crime(s) que vamos cuidar adiante no plano penitenciário, adiantamos que a norma incriminadora em apreço não salva-guarda a dispensa de pena como o modelo espanhol em apanágio de uma *human rights-based approach to justice*.

Por fim, é inerente à dimensão material da incriminação do tráfico humano deslindar o bem jurídico tutelado e neste campo encontramos uma acesa discussão doutrinária, que tem apartado os autores que defendem a dignidade da pessoa humana (TAIPA DE CARVALHO, PEDRO VAZ PATTO, SÁ PEREIRA e LAFAYETE²⁴), os autores que rejeitam aquela (leia-se a dignidade) como bem jurídico (MIGUEZ GARCIA e CASTELO RIO²⁵), e os autores que preconizam a liberdade pessoal (ANABELA RODRIGUES e PINTO DE ALBUQUERQUE²⁶). Seja por via da dignidade ou da liberdade pessoal é conferida, em traços largos, uma tutela penal robusta diante de um crime altamente lesivo. Neste domínio já ensaiamos, muito modestamente, a nossa posição, defendendo-se que o tráfico humano atinge a dignidade da pessoa humana na linha de pensamento de HANNAH ARENDT²⁷, porém fá-lo de uma

23 Considerando 12 da Diretiva 2011/36/EU e art. 160.º, n.º 1, alínea d), do Código Penal *a contrario sensu*.

24 Américo TAIPA DE CARVALHO – “Art. 160.º”, *in* Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: artigos 131.º a 201.º* Tomo I (2.ª Ed.), pp. 678-679. Víctor de SÁ PEREIRA; Alexandre LAFAYETTE – *Código Penal Anotado e Comentado. Legislação Conexa e complementar*, p. 469. Pedro Maria Godinho VAZ PATTO – *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto*, p. 182; *A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão – o artigo 160.º do Código Penal na redação dada pela lei n.º 60/2013*, de 23 de agosto, p. 13.

25 M. MIGUEZ GARCIA; J. M. CASTELA RIO – *Código Penal: parte geral e especial; com notas e comentários*, p. 704.

26 Anabela MIRANDA RODRIGUES – *O crime de tráfico de seres humanos à luz do princípio da legalidade. A Diretiva 2011/36/EU e a alteração do artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal Português pela Lei n.º 60*, de 23 de agosto de 2013, p. 36. Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código Penal*, 3.ª Ed., p. 629.

27 “...o derradeiro reduto da dignidade humana na pertença juridicamente reconhecida a integrar uma comunidade política, via o direito à cidadania, de que autênticas multidões haviam sido privadas na época do totalitarismo entre as duas guerras, como sendo verdadeiramente o único direito humano, o “direito a ter direitos” (*Recht, Rechte zu haben*), “o direito de cada indivíduo pertencer à

forma particular uma vez que ao ser materializada pela sujeição à escravidão atinge a dignidade de um modo absoluto (tal como se verifica, sem grande discussão doutrinária, quanto ao crime de escravidão) e pelas demais tipificadas formas de exploração atinge a dignidade em sentido relativo, isto é, no respetivo plano da liberdade afetada (tal como preconizam SÁ PEREIRA e LAFAYETE)²⁸.

4. Direito processual penal do tráfico humano

O direito processual penal típico de um Estado democrático consubstancia uma autêntica aplicação do direito constitucional²⁹ e sendo concretizado pela trilogia garantística – *investicatio*, *acusatio* e *probatio* – em apanágio do princípio da separação de poderes³⁰, encontra no reconhecimento dos direitos e deveres dos sujeitos processuais, o alfa, e na obtenção legítima, legal e lícita da prova (subjugada em especial aos princípios da lealdade processual e do contraditório), o ómega.

A intervenção processual penal dirigida a situações de tráfico humano é complexa atenta a multifacetação do fenómeno criminoso, que nos pode impelir para admitir a prática por um agente singular ou coletivo (com estreita confiança com a vítima ou não), a atuação ser organizada ou não, o *iter criminis* ser nacional ou transnacional e o *modus operandi* ser repartido por condutas, meios e fins tão diversos ao ponto do agente poder ser, por exemplo, um traficante transportador, sequestrador ou explorador.

Diante destes sinais criminosos aliados ao crescimento da prática delituosa é, ou melhor, seria expectável encontrarmos um quadro político-criminal capaz de contribuir para uma investigação e ação penal acutilante, porém o legislador português demitiu-se de conceber um corpo jurídico que fundisse a dimensão material com a processual e penitenciária de modo a dar uma resposta cabal e especializada (e seguramente eficiente) diante do tráfico humano.

Na verdade e cuidando de seguida de dois exemplos dessa falha estratégica, encontramos um tratamento substancial conferido à criminalidade

humanidade", sem o qual toda a dignidade e mesmo toda a humanidade ficavam privadas de sentido." Jorge REIS NOVAIS – *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, p. 70.

28 Emanuel CARVALHO – *Tráfico de Seres Humanos – a Tutela Político-Criminal*, pp. 319-320.

29 Maria João ANTUNES – *"Direito Processual Penal – 'Direito Constitucional Aplicado', en passant.*

30 Manuel Monteiro GUEDES VALENTE – *Processo Penal. Tomo I*. 3.^a ed., pp. 263-264.

organizada que revela influxos diretos para a prevenção-repressão do tráfico humano (sendo que esta atividade criminosa – reitera-se – não se esgota nesse modo de atuação) situado no campo processual-penal e espalhado entre normas codificadas e extravagantes, abrindo espaço para inconformidades que abalam a coerência e unidade da ordem jurídica constitucional-penal.

Ora, o legislador português aprovou – ao arremesso do princípio da reserva de código – a lei que estabelece as “Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira” (MCCO). Estamos diante de um regime bastante invulgar porque agrega um rol de crimes bastante plural³¹, entre os quais se encontra a incriminação do tráfico humano. Contudo é um diploma com especial propensão adjetiva e, por isso, contém um regime especial de recolha de prova, de quebra do segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado, relativo a determinados crimes³², sendo que as medidas de recolha de prova tendem para estar dirigidas à criminalidade organizada de cariz financeiro. Neste enfiamento e concretizando com o prometido exemplo, verificamos que a obtenção de prova por via do registo de voz e imagem basta-se pelo regime especial com a mera necessidade investigatória³³, ao passo que no Código de Processo Penal³⁴ se impõe ou a indispensabilidade da descoberta da verdade, ou a elevada dificuldade ou impossibilidade de obtenção de prova por outros meios que não o aludido, contribuindo assim para uma desconformidade material com os axiomas constitucionais que deve, de modo inexorável, ter por consequência a invalidação da prova³⁵.

31 Os crimes abrangidos pela MCCO (art. 1.º, n.º 1) são: tráfico de estupefacientes; terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; tráfico de armas; tráfico de influência; recebimento indevido de vantagem; corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva; peculato; participação económica em negócio; branqueamento de capitais; associação criminosa; pornografia infantil e lenocínio de menores; dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática e ainda acesso ilegítimo a sistema informático; tráfico de pessoas; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; lenocínio; contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados.

32 A alteração da Lei n.º 5/2002 pela Lei n.º 60/2013 (publicada em DR, Série I, n.º 162, de 23/08/2013) possibilitou que “as medidas de combate à criminalidade organizada” se estendessem ao tráfico de pessoas à criminalidade organizada – art. 1.º, alínea n), das MCCO. Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *O processo penal português: problemas e prospetivas*, p. 807.

33 Art. 6.º, n.º 1, da MCCO.

34 Art. 187.º, n.º 1, *ab initio*.

35 Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *O processo penal português: problemas e prospetivas*, p. 810.

Avançando para o segundo exemplo, o crime encontra-se em forte expansão para e dentro do campo digital, e a recolha de prova nesse ambiente deve levar em conta todas as formas delituosas graves. O tráfico humano não se encontra atualmente imune a esse contexto, bastando convocar o recente período pandémico, que veio revelar um crescimento da exploração sexual da pessoa por meios digitais³⁶. Ora, de acordo com a Lei do Cibercrime o recurso ao designado agente encoberto *online* encontra-se talhado ou, melhor, circunscrito tipicamente a determinada criminalidade, sendo perceptível que o legislador tenha tido o cuidado de tutelar os menores e incapazes sujeitos a crimes que atentem contra a sua liberdade e autodeterminação sexual. Porém, preterir que as pessoas adultas possam ser sujeitas à exploração sexual no campo digital e esta tem sido uma forma de extensão da criminalidade (organizada) em torno do tráfico humano revela uma insuficiência processual penal que compromete a agilidade e eficiência da respetiva ação penal³⁷.

Em suma e após os exemplos apontados, assinalamos que a investigação e, em particular, a obtenção de prova em torno do tráfico humano é exigente *per se* atenta as particularidades do fenómeno criminoso, sendo a ausência de um regime jurídico específico, coerente e adequado um autêntico “cabo das tormentas” para a eficiência operacional das autoridades.

5. Direito penal penitenciário do tráfico humano

Considerando a matriz do modelo constitucional-penal português assente na tutela de bens jurídicos a par da reintegração social do agente do crime, pugnamos que a meta subjetivo-penitenciária subjacente ao tráfico humano deve, no maior e melhor equilíbrio possível, privilegiar repressão-reintegração a par da proteção-reparação.

No plano da proteção-reparação da vítima e atenta as particularidades do tráfico humano convocamos, de modo natural, as condições essenciais à respetiva restauração, mas somamos um dilema delicado relacionado com as consequências aplicáveis à vítima de tráfico humano quando sujeita à prática de delitos decorrentes da sua exploração.

36 UNITED NATIONS, United Nations Office on Drugs and Crime – *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, pp. 18-19.

37 Art. 19.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Começando pela efetividade da proteção-reparação é *conditio sine qua non* o tratamento da vítima de tráfico humano como uma vítima especialmente vulnerável, identificando-se três estágios essenciais para o efeito.

No primeiro estágio encontra-se, como é óbvio, a identificação, que representa um autêntico desafio atenta a constante mutabilidade do fenómeno criminoso, a não colaboração da vítima e a opacidade-sofisticação da atuação do agente do crime. Diante desta considerável dificuldade é imperioso uma intervenção das autoridades cada vez mais meticulosa e acompanhada de uma aprendizagem constante, a par de uma cooperação coesa tanto intranacional como internacional, seja de natureza judiciária, seja de outros quadrantes (reiterando-se aqui o papel determinante das Organizações Não Governamentais e da sociedade civil). Nesta fase, o medidor de sucesso da identificação da vítima de tráfico humano encontra-se, como nos ensinam ANETTE BRUNOVSKIS e REBECCA SURTEES, na capacidade dos profissionais, que atuam na prevenção do tráfico de seres humanos, em reconhecer as pessoas traficadas ou potencialmente traficadas de uma forma adequada e oportuna, ao ponto de lhes ser conferido o devido encaminhamento e assistência no país de acolhimento ou de origem, consoante o caso³⁸. Ao segundo estágio associamos o grau de interação da vítima de tráfico humano com o sistema judiciário, sendo este eventual fonte de vitimização secundária quando não é conferido um tratamento célere, adequado e efetivo ao caso. Portanto, é crucial que o sistema judiciário leve em conta (1.º) a condição de submissão da vítima à chantagem e ao medo de represálias, (2.º) a desconfiança daquela quanto à eficiência do sistema judiciário, em particular, na obtenção de proteção efetiva, (3.º) a ausência de suporte familiar ou social, (4.º) o receio que a denúncia espolite o repatriamento no caso de vítima estrangeira sem suporte legal para a fixação no território de acolhimento e (5.º) a desinformação da vítima sobre os direitos mais elementares para esta promover uma cabal defesa. Importa ainda que interação judiciária evite ser pautada por uma excessiva formalidade em que a sucessiva narração dos factos ao longo de várias fases processuais por parte da vítima exemplifica bem tal situação, sem que tal coloque em crise os mais variados princípios fundamentais que relevam para o processo penal [e.g. os princípios da investigação ou verdade material, do contraditório, da

38 Anette BRUNOVSKIS; Rebecca SURTEES – *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons*, pp. 16, 28.

presunção de inocência, do processo equitativo, da celeridade e da participação no processo penal]³⁹.

Para o terceiro estágio apontamos a necessidade de adequação dos direitos à vítima de tráfico humano, nomeadamente (1.º) o direito à informação, (2.º) à assistência jurídica, (3.º) à proteção e (4.º) à reparação *stricto sensu*. Para o efeito verificamos a partir de uma análise retrospectiva de casos julgados que é frequente a vítima não contar com patrocínio de advogado, não se constituir assistente e não formular pedido de indemnização cível, além de denotarmos um tratamento de similitude entre a vítima e a testemunha ainda enraizado na matriz jus-penal portuguesa a par de uma elevada formalização e demora para o decretamento de uma compensação ou indemnização.

Ainda na perspetiva da vítima atentamos, de modo particular, para a prática de delitos decorrentes da condição de exploração da vítima de tráfico humano. Nestas circunstâncias, distinguimos por um lado uma *criminal law-based approach to justice* que é marcada pela persecução penal da vítima acompanhada das devidas atenuantes sancionatórias (seguida pela maioria dos Estados europeus, inclusive o Português⁴⁰); e de outro lado, uma *human rights-based approach to justice* que é caracterizada pela não persecução penal da vítima e, por conseguinte, pela ausência absoluta de sanções penais (aplicada, por exemplo, pelo Estado Espanhol)⁴¹. Estamos diante de um conflito de modelos complexo pois a aplicação da justiça penal que privilegie os Direitos Humanos permite uma valorização singular dos direitos da vítima de tráfico humano⁴², ao ponto de dobrar qualquer princípio penal, material ou processual, que garanta a punição da pessoa pelo simples facto de ter delinquido, mas contribui para uma inconstância social em razão da incerteza e insegurança jurídicas causadas por um tratamento penal ao qual se extrai a necessária objetividade, sendo portanto crucial a aposta num modelo mitigado que ofereça as garantias tanto à pessoa como à

39 Nuno ROGEIRO – *Menos que humanos: imigração clandestina e tráfico de pessoas na Europa*, pp. 171-172. Manuel Monteiro GUEDES VALENTE – *A criminalidade denunciada e o seu impacto no sistema de justiça penal*, p. 48.

40 Art. 26.º da Convenção de Varsóvia.

41 Art. 18.º da Diretiva 2011/36/EU. Marija JOVANOVIĆ – *The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance*, p. 42. Ryszard PIOTROWICZ; Liliana SORRENTINO – *The non-punishment provision with regard to victims of trafficking. A human rights approach*, pp. 179-181. Art. 177 bis 11 do Código Penal Espanhol.

42 Considerando 14 da Diretiva 2011/36/EU. Marija JOVANOVIĆ – *The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings...*, p. 57.

comunidade em apanágio do contrato social que sustenta o equilíbrio do binómio liberdade-segurança.

Voltando agora a abordagem penitenciária para a posição do agente responsável pelo tráfico humano temos assistido a uma pressão colocada nos modelos político-criminais liberais-humanistas por se apontar dificuldades de eficiência e celeridade à atuação pública diante de determinadas formas delituosas – como o tráfico humano –, que têm tirado proveito, sobretudo, das designadas “globalizações” e das vulnerabilidades sociais, ao ponto de se considerar que estamos diante de “uma crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais”, empregando as palavras de INGO WOLFGANG SARLET⁴³.

Deste contexto tem sido desabrochada a possibilidade do cidadão ser tratado como um verdadeiro “inimigo”, conforme apregoado por GÜNTHER JAKOBS na linha de pensamento hobbesiano, estando associado a este modelo de direito penal securitário uma tendência de secundarização da intervenção penitenciária de cariz humanitária que é responsável pela possibilidade de endurecimento da pena de prisão ao ponto de elevá-la a uma reação de *prima ratio*⁴⁴. Este é um trajeto – o do endurecimento das penas – que deve ser evitado pois representa um forte abalo ao axioma da dignidade da pessoa humana, que sustenta o (nosso) Estado de direito democrático, e desvirtua, por excesso, o propósito preventivo (geral e especial), que a aplicação de uma pena de prisão encerra quando conduz o delinquente ao sistema prisional. Apelamos, assim, para um substrato humanista que sustente a fase executiva da pena, cujas raízes se remontam ao pensamento beccariano, e não se deve despojar de dignidade o ser humano pela mera condução ao encarceramento, sendo necessária a aposta particular de uma adequação dos programas de reabilitação social ao tráfico humano⁴⁵.

6. Considerações *ad futurum*

O tráfico humano representa um atentado aos mais elementares direitos que o ser humano deve, por natureza, fruir (como o direito à vida, à liberdade, à saúde – física e psíquica –, à segurança, ao património *et cætera*), tendo

43 Ingo WOLFGANG SARLET – *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*, p. 309.

44 Manuel Monteiro GUEDES VALENTE – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «Progresso ao Retrocesso»*, 4.ª ed., pp. 33, 58-59.

45 Cesare BECCARIA – *Dos Delitos e das Penas*, p. 163.

presente a sobredita robusta atuação político-institucional entroncada no quadro normativo promovido.

Consideramos que o tráfico humano representa uma autêntica violação dos Direitos Humanos, sendo portanto grosseiro efetuar o seu enquadramento no “flagelo” das correntes migratórias, que marcam o atual quotidiano e envolvem as pessoas em busca de obter condições de vida condignas, como é exíguo circunscrever a atuação das autoridades à mera persecução penal dos responsáveis, ignorando-se assim que estamos perante um fenómeno altamente complexo.

Recusamos a tese de que esteja decrépito fundar a política criminal diante do tráfico humano no consabido “contrato social” por ser ainda o instrumento cabal para reinstituir a paz e a segurança na comunidade, bem como o respetivo desenvolvimento social, económico e cultural, mediante o restabelecimento dos direitos e deveres mútuos entre a pessoa e o Estado guiados pela sobrelevação da *dignitas personae*⁴⁶. Acontece que a dificuldade das autoridades em reagir diante flagelos criminosos que atravessam fronteiras, à qual KOFI ANNAN ofereceu a resposta de um modo sinteticamente sublime (senão vejamos) – “Se o crime atravessa todas as fronteiras, então a aplicação da lei deve acompanhar”⁴⁷ –, impõe a cruzada por novos caminhos e, *qui sapit*, expandir o “contrato social” para um espécie de contrato plurissocial ou em acordo social à escala internacional possa ser essa a solução, afirmando-se o pensamento kantiano vertido em “Paz Perpétua” ou a recente defesa da “Constituição para a Terra” preconizada por Luigi Ferrajoli. E nesta esteira pugnamos que a afirmação político-normativa dos Direitos Humanos representa o instrumento ideal para orientar a comunidade a um ambiente internacional estável quanto ao binómio liberdade-segurança.

Dito de um modo concreto e conforme já tem sido propalado há muito, a harmonia de uma estratégia política com uma linguagem normativa e um modelo judicial-criminal, sustentados nos Direitos Humanos e desenvolvidos numa lógica de cooperação nacional e transnacional, é o caminho adequado para a prevenção e repressão do tráfico humano. Para o efeito, é necessário que os Estados tomem consciência que o trajeto apontado não diminui a soberania nacional-individual, bem pelo contrário, é uma espécie

46 Jürgen HABERMAS – *La idea de dignidad humana y la utopia realista dos derechos humanos*, p. 111, Daniel INNERARITY – *O Novo Espaço Público*, p. 250.

47 Tradução do inglês nossa: “If Crime crosses all borders, so must law enforcement”. Afirmação adotada pelo ex-Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, na sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas que aprovou a Convenção de Palermo.

de reforço da soberania dos Estados, tão fundamental para fazer frente ao referido flagelo. A política criminal do tráfico humano deve ser delineada com o contributo de todos para estar ao serviço de todos, notabilizando a unicidade da dignidade humana.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3.

ANTUNES, Maria João – Direito Processual Pen–l – Direito Constitucional Aplicado. In: MONTE, Mário Ferreira [et alii] – *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 745-754.

BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 5.^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

BRUNOVSKIS, Anette; SURTEES, Rebecca – *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons*. Oslo: Allkopi AS, 2012.

CALLEGARI, André Luís – Controle social e criminalidade organizada. In: *Crime organizado: tipicidade – política-criminal – investigação e processo*. 2.^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa de – “Art. 160.º” In: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.). *Comentário Co-nimbricense do Código Penal: Parte Especial: artigos 131.º a 201.º Tomo I*. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

CARVALHO, Emanuel – *Tráfico de Seres Humanos – a Tutela Político-Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2023:

CONSELHO DA EUROPA – *9^e Rapport Général sur les activités du GRETA (2020)*.

GUIA, Maria João – *Imigração e Tráfico de Pessoas: “7 Ligações Perigosas”*. Debater a Europa. N.º 17 (2017), pp. 9-27.

DIAS, Jorge de Figueiredo – O processo penal português: problemas e perspectivas. In: MONTE, Mário Ferreira [et alii] – *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 805-819.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela – *Código Penal – Parte Geral e Especial – Notas e Comentários*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

HABERMAS, Jürgen – *La idea de dignidad humana y la utopia realista dos derechos humanos*. Trad. Juan Luis Fuentes Osorio. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. N.º 44 (2010), pp. 105-121.

INNERARITY, Daniel – *O Novo Espaço Público*. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Teorema, 2006.

JOVANOVIC, Marija – *The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance*. Journal of Trafficking and Human Exploitation. Vol 1, n.º 1 (2017), pp. 41-76.

LIMONCELLI, Stephanie – *What in the World Are Anti-Trafficking NGOs Doing? Findings from a Global Study*. Journal of Human Trafficking. Vol. 2, n.º 4 (2016), pp. 316-328.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO INTERNA – Sistema de Segurança Interna – *Relatório Anual de Segurança Interna 2023*.

NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Almedina. 2015.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz – A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão – o artigo 160.º do Código Penal na redação dada pela lei n.º 60/2013, de 23 de agosto. In: LOPES, Edgar Taborda – *Estrangeiros e Direito Penal – Notas*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 9-26.

— *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto: análise de algumas questões*. Revista do Centro de Estudos Judiciários. N.º 8, Especial (2008), pp. 179-203.

PEREIRA, Victor de Sá; SILVA, Alexandre Lafayette Estêvão da – *Código Penal Anotado e Comentado. Legislação conexa e complementar*. Lisboa: Editora Quid Iuris, 2008. ISBN 978-972-724-380-8.

PIOTROWICZ, Ryszard; SORRENTINO, Liliana – The non-punishment provision with regard to victims of trafficking. A human rights approach. In: PIOTROWICZ, Ryszard; RIJKEN, Conny; UHL, Baerbel Heide – *Routledge handbook of human trafficking*. 1.ª Edição. London: Routledge International Handbooks, 2018, pp. 171-184.

RODRIGUES, Anabela Miranda – “Art. 82.º”. In: ANASTÁCIO, Gonçalo; PORTO, Manuel Carlos Lopes – *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

— *O crime de tráfico de seres humanos à luz do princípio da legalidade. A Diretiva 2011/36/EU e a alteração do artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal Português pela Lei n.º 60, de 23 de agosto de 2013*. In: Conferência Internacional 18 de outubro, dia internacional contra o tráfico de seres humanos: livro de atas, Coimbra, 2017. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 27-40.

ROGEIRO, Nuno – *Menos que humanos: imigração clandestina e tráfico de pessoas na Europa*. Alfragide: D. Quixote Publicações, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang – *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamenatis: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Anuário Ibero-americano de Justiça Constitucional. N.º 10 (2006), pp. 303-354.

SOUSA, Teresa – *O Direito Penal na encruzilhada: Reflexões em torno da política criminal à luz da ciência política*. Revista Julgar. N.º 7 (2009), pp. 145-160.

TRIUNFANTE, Luís Lemos – *Manual de cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Editora Almedina, 2018.

UNITED NATIONS, United Nations Office on Drugs and Crime – *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. Vienna; United Nations Publication, 2021.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – A construção de um espaço penal europeu sob o primado dos direitos fundamentais: sonho ou realidade? In: VADELL, Lorenzo M. Bujosa – *Hacia Un Verdadero Espacio Judicial Europeo. Perspectivas para la Construcción de un Proceso Penal Europeo e Instrumentos de Cooperación Policial y Judicial en la Unión Europea*. Granada: Editorial Comares, 2008, pp. 3-20.

— – *A criminalidade denunciada e o seu impacto no sistema de justiça penal*. Revista de Estudos Criminais. Ano XIII, n.º 58 (2015), pp. 39-61.

— – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «Progresso ao Retrocesso»*. 4.ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

— – *Processo Penal. Tomo I*. 3.ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2021.