

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO



**O TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA
EXPLORAÇÃO SEXUAL**

MESTRADO EM DIREITO CRIMINAL
DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA PROFESSORA DOUTORA
MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA

LIA RAQUEL GONÇALVES DA SILVA

PORTO
2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO – PÓLO DA FOZ
ESCOLA DE DIREITO

**TRÁFICO DE INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA
EXPLORAÇÃO SEXUAL**

LIA RAQUEL GONÇALVES DA SILVA

DISSERTAÇÃO DO 2º CICLO DE ESTUDOS PARA OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO CRIMINAL

TRABALHO REALIZADO SOB A ORIENTAÇÃO DA PROFESSORA
DOUTORA MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA

PORTO

2013

*Aos meus pais, pelo espírito de sacrifício, confiança e
apoio incondicional.*

*À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Maria Conceição Cunha,
pela paciência, disponibilidade, partilha de saberes e amizade.*

Aos amigos, pelo incentivo constante.

ÍNDICE

Resumo	7
Apresentação	8
Nota Introdutória	9
1. Dados Estatísticos	11
1.1. Dimensão Internacional	11
1.2. Dimensão Nacional	15
2. Instrumentos Jurídicos Internacionais	16
2.1. Protocolo de Palermo	16
2.2. A Convenção dos Direitos da Criança e o seu Protocolo Facultativo Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil	18
2.3. Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e Abusos Sexuais	19
2.4 O Tratado da União Europeia	20
3. Evolução do conceito de bem jurídico-penal	23
4. Evolução dos Crimes de tráfico e Lenocínio de menor	29
4.1. O Código Penal de 1982	29
4.2. A Revisão do Código Penal de 1995	30
4.3. O Código Penal após a revisão de 1998	32
4.4. Revisão de 2001	32
4.5. Revisão de 2007	33
4.5.1 Artigo 160.º do Código Penal – Tráfico de Pessoas	33
4.5.2 Artigo 175.º do Código Penal – Lenocínio de menor	37
5. Concurso de Crimes entre tráfico de menor e lenocínio de menor. ..	41
Conclusão	46

Resumo

O tráfico de pessoas tem sido tema de constante debate. A natureza deste crime viola bens Constitucionais, assim como a dignidade humana. Contudo, quando se refere ao tráfico de menores para fins de lenocínio, os contornos desta realidade tornam-se ainda mais difíceis de investigar. Na presente dissertação, proponho-me a analisar o combate a este crime, tendo como base o contexto histórico, as cifras negras, a legislação internacional e nacional.

Apresentação

A temática da exploração sexual de crianças associada ao tráfico internacional não é um fenómeno recente, porém passou por um processo de evolução conceptual.

Fruto, em parte, da evolução da sociedade e dos meios de comunicação social, a sensibilização para esta questão ético-social passou a ser uma constante.

Na presente dissertação proponho-me fazer uma análise do tráfico internacional de menor e do lenocínio de menor, tendo em consideração as constantes alterações sofridas pelo código penal. Também será objeto de análise a relação existente entre estes dois crimes e o seu respetivo concurso.

Na primeira parte da tese irei incidir sobre uma análise estatística de modo a permitir calcular o número de crianças vítimas de tráfico e conseqüentemente vítimas de lenocínio.

Numa segunda parte, farei menção aos diferentes instrumentos jurídicos que auxiliam à implementação e criminalização deste tipo de crime.

Na terceira e quarta parte irei abordar a evolução do bem jurídico e as suas manifestações relativamente ao tráfico de menor e ao lenocínio de menor. Irei ainda focar a evolução do tráfico de menor e lenocínio até à última revisão de 2007.

Na última parte será feita a análise destes dois tipos de crime no âmbito do concurso de crimes.

Nota Introdutória

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹ foi aprovada em 3 de Setembro de 1953 pela Comunidade Internacional, tendo entrado em vigor em Portugal em 9 de Novembro de 1978, onde se consagra o direito à vida (artigo 2.º) e a proibição da escravatura (artigo 4.º), porém, só em 1989 foi aprovada a Convenção dos Direitos da Criança a nível internacional, tendo sido ratificada por Portugal em 1990.

O tráfico é considerado uma nova forma de escravatura, onde as crianças são consideradas como mercadorias, catalogadas com um preço e sujeitas às leis da oferta e da procura.

O objeto é o tráfico de crianças e o seu fim é diverso, podendo consistir na exploração sexual², na exploração laboral, na adoção, na extração de órgãos e na exploração de outras atividades criminosas.

O universo da exploração sexual tem uma dimensão ampla, estando implícitos crimes como a prostituição, o turismo sexual e a pornografia. Esta dimensão não será objeto de aprofundamento, contudo, convém mencionar algumas diferenças.

A prostituição³ traduz-se em atos negociados em troca de uma quantia monetária ou satisfação das necessidades básicas (i.e. roupa, alimentação). Todavia,

¹Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf p.207.

²Algumas das formas encapotadas de exploração sexual, são as práticas culturais como os casamentos de crianças, que apesar de não incluídos no mercado do sexo, são uma forma de exploração em troca de um valor, i.e., o designado dote. São os designados casamentos prematuros, onde a criança ainda não atingiu a maioridade e é proposta para casar pelos progenitores que pretendem diminuir os encargos económicos. Estas práticas são comuns em países menos desenvolvidos, contudo, em países ainda em desenvolvimento também se registam casos. Um estudo feito pelo Relatório da Situação da Infância em 2012 refere que, nos países não desenvolvidos, 17% das mulheres, atualmente com idades entre os 20 a 24 anos estavam já casadas ou já viviam em união mesmo antes de completarem 15 anos de idade. Nos países em desenvolvimento, a percentagem já se enquadra nos 12%. United Nations Children's Fund, "*Situação Mundial da Infância, Crianças em Mundo Urbano*", UNICEF 2012, p. 123. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/PT-BR_SOWC_2012.pdf

³O crime de recurso à prostituição de menor encontra-se regulado no artigo 174.º do Código Penal, que criminaliza quem pratica ato sexual de relevo com menor com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos, mediante "*pagamento ou outra contrapartida*". Também neste sentido, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, de 25/05/2000, publicado no DR I Série A de 5/3/2003, que define a prostituição infantil no seu artigo 2.º al.b) como a "*utilização de uma criança em atividades sexuais contra remuneração ou outra qualquer retribuição*". E, ainda, a Directiva 2011/92/EU, no artigo 2.º al. d), entende como prostituição infantil "*a utilização de crianças para a prática de actos sexuais quando for dado ou prometido dinheiro ou outra forma de remuneração ou recompensa a troca da participação das crianças em actos sexuais de relevo, independentemente de este pagamento, promessa ou pagamento ser feito às crianças ou a terceiros*". No caso de a vítima ser menor de 14 anos, então integrará o crime de abuso sexual de criança regulado no artigo 171.º do Código Penal. DIAS, Maria do Carmo, "*Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores*" Revista do CEJ, 1º Semestre n.º15, p. 246 e ss.

difícilmente esta opção de vida é escolhida de forma voluntária pelas crianças, pois normalmente, dada a sua vulnerabilidade, quer por carência económica, quer por imaturidade, são facilmente induzidas a estas práticas, no sonho da aquisição de uma melhor qualidade de vida. Outros casos existem, em que as crianças são simplesmente vendidas por familiares ou raptadas para estes fins.

Por sua vez, o turismo sexual⁴ é provavelmente o que gera mais lucros e um sentimento de impunidade. Este tipo de exploração sexual envolve um grande fluxo de turistas, nacionais e estrangeiros, que se servem de crianças oriundas de países do Terceiro Mundo.

Do mesmo modo que a prostituição infantil, o turismo sexual gera situações de grande violência sexual, económica e emocional nas crianças.

Por fim, a pornografia infantil⁵ é o modo mais célere e abrangente de captar novos clientes, nacionais e internacionais. Quer o acesso aos *sites* de conteúdo pornográfico gere lucro económico ou não, na verdade, este serve como expositor da mercadoria, i.e., das crianças a serem vendidas ou exploradas de outras formas.

A escolha deste tema deve-se, em primeiro lugar, à sua relevância social, pois os comportamentos em causa traduzem-se na crassa violação dos direitos humanos. Em segundo lugar, dado o contexto social em que vivemos, o tráfico continua a ser um fenómeno em constante expansão, cada vez mais elaborado, dificultando as medidas de intervenção e erradicação. E, por fim, em terceiro lugar, porque apesar da dignidade que é inerente a todas as vítimas de tráfico, os menores continuam a ser as vítimas mais vulneráveis.

⁴“*Manual core. Para o Entendimento de Crianças Vítimas de Violência Sexual parte I – Compreender, Associação Portuguesa de Apoio à Vítima*” (APAV), p. 62 e ss. Disponível em: http://www.apav.pt/pdf/core_compreender.pdf

⁵O crime de pornografia de menor encontra-se regulado no artigo 176.º do Código Penal e criminaliza quem utiliza ou alicia menor para esse fim, atuando por meio de conversa (diálogo entre agente a vítima), através da escrita (texto, mensagens), através de objetos (desenhos, fotografias, filmes) ou ainda através de espetáculos pornográficos. Neste sentido, o artigo 2.º al. e) da Directiva 2011/92/UE, entende que espetáculo pornográfico é “*a exibição ao vivo, destinada a um público, inclusive com recurso às tecnologias da informação e da comunicação, de: i) crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais*”, punindo no seu artigo 4.º n.º4, com “*pena máxima de prisão não inferior a dois anos, se a criança não tiver atingido a maioridade sexual, e não inferior a um ano, se a criança tiver atingido essa maioridade.*” DIAS, Maria do Carmo, *ob. Cit.*, p. 232 e ss.

1. Dados Estatísticos

“The victims of modern slavery have many faces. They are men and women, adults and children. Yet, all are denied basic human dignity and freedom. All too often suffering from horrible physical and sexual abuse, it is hard for them to imagine that there might be a place of refuge.”

U.S. President Barack Obama, January 4, 2010⁶

O crime de tráfico de pessoas é um fenómeno em constante expansão, que gera lucros incomensuráveis e de forma célere.

O tráfico internacional de menores para fins de lenocínio assume carácter hediondo, todavia há todo o interesse em analisar este crime e apurar dados estatísticos.

O conhecimento estatístico sobre o tráfico não é totalmente fidedigno, uma vez que a delimitação do número de casos é difícil de determinar.

Apesar destas dificuldades, há que refletir sobre a proporção numérica de crianças vítimas de tráfico internacional com vista ao lenocínio, nos valores gerados e na identificação dos agentes do crime.

1.1. Dimensão Internacional

De acordo com os dados do Relatório do UNODC⁷, referentes aos anos compreendidos entre 2007 a 2010, estima-se que 12.000 crianças terão sido traficadas para exploração sexual.

Dentro deste número, 90% são crianças de sexo feminino e apenas 10% do sexo masculino.

⁶“*Trafficking in Persons Report*”, Department of State, United States of America, June 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/142979.pdf>

⁷O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) tem como objetivo implementar medidas que reflitam as três convenções internacionais de controlo de drogas e as convenções contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção. Para que as medidas implementadas tenham a eficácia pretendida, há que fazer uma análise das necessidades, sendo que estas estão em constante mutação. Assim, foi elaborado o relatório no ano 2012 referente à análise de dados compreendidos entre os anos de 2007 e 2010, com o intuito de perceber a origem, o trânsito e o destino do crime de tráfico de crianças, assim como os seus números e fins visados. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_TIP/Publicacoes/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf

Os principais países perpetradores deste crime pertencem à África e Médio Oriente com 68%, Sul, Leste da Ásia e Pacífico com 39%, América com 27% e, por fim, Europa e Ásia Central com 16%.⁸

O tráfico de crianças para exploração sexual depende da oferta e da procura, que por sua vez varia geograficamente. Algumas crianças são traficadas para fora do país, já outras apenas são transferidas das zonas rurais para as urbanas, trata-se do designado tráfico interno.

Na Europa e Ásia Central foram objeto de estudo 37 países, onde se aferiu aproximadamente 27.000 vítimas de tráfico, sendo que 6.500 vítimas pertencem a 7 países da Europa Oriental e Ásia Central, e 20.600 vítimas pertencem a 30 países do Oeste e da Europa Central. A Europa Ocidental e Central são locais de destino no tráfico, sendo variada a nacionalidade das vítimas, que no período em análise rondava 70 diferentes nacionalidades. Calcula-se que 25% das vítimas são exploradas nos seus próprios países. O mesmo já não acontece com vítimas de países do Sudeste da Europa, da Roménia, Bulgária, encontradas em grande número na Europa Ocidental e Central.

As vítimas dos Balcãs Ocidentais (principalmente albaneses, bósnios e sérvios) também foram encontradas, estimando-se que consistam em 30%.

Também as vítimas da República Checa, Hungria, Polónia e Eslováquia compreendem 7% do total de vítimas encontradas na Europa Ocidental e Central.

Relativamente às vítimas encontradas na Europa Central, 18% provinham de países Africanos, e 14% tinham como destino países como Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Espanha, Reino Unido e Holanda.

Já no Leste da Ásia, 7% das vítimas foram encontradas na Escandinávia e Europa Central, na área do Mediterrâneo e no Reino Unido também foram encontradas, mas em menor número, com 3% vítimas de tráfico em França e na Indonésia.

No continente Americano foram contabilizadas 1.600 crianças vítimas de tráfico, sendo a exploração sexual a mais frequente, contabilizando os 51%.

O tráfico é maioritariamente inter-regional, onde as crianças nacionais do país são traficadas para outras regiões desse mesmo país.

⁸“*Global Report on Trafficking in Persons 2012*”, United Nations Office and Drugs and Crime (UNODC) p. 27. Disponível em:
http://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_TIP/Publicacoes/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf

A maioria dos países sul-americanos têm encontrado vítimas sul americanas, enquanto a maioria da América do Norte e Centro têm encontrado vítimas da América Central ou das Caraíbas. Já quanto às vítimas encontradas no México são do Guatemala. Uma situação semelhante é encontrada na América do Sul, onde há crianças originárias do Estado Plurinacional da Bolívia e onde também foram encontradas crianças do Brasil, Chile e Peru.

Também crianças oriundas do leste-asiático, representando 27%, foram encontradas na América do Norte, América Central e Caraíbas e 10% na América do Sul. Contudo, foi encontrado um número significativo de crianças em Thais, Filipina e outras vítimas do Leste Asiático nos Estados Unidos da América, e, em menor grau, no Canadá. Também em menor número foram encontradas crianças chinesas no Chile, Colômbia, Equador, México e Venezuela (República Boliviana), alguns vietnamitas e outros do Leste Asiático traficados para a Costa Rica, assim como um número limitado de vítimas da Ásia Oriental também foi encontrado em El Salvador e Caraíbas.

No Sul, Leste da Ásia e Pacífico, calcula-se que mais de 10.000 pessoas foram traficadas. Porém, em países como a Austrália, Japão e Mongólia apenas 10% das vítimas são crianças. Por outro lado, os países do Sudeste da Ásia calculam que o tráfico de crianças está acima 15-20%. Já no Sul da Ásia, no Nepal, calcula-se que o número de crianças vítimas de tráfico foi de cerca de 50%.

A exploração sexual configura os 44% do fim obtido pelo tráfico de crianças.

O maior fluxo de tráfico dentro da Ásia e Pacífico tem origem no Sudeste da Ásia, com todo Leste da Ásia e da sub-região do Pacífico, com crianças traficadas vindas da China e da República da Coreia.

As vítimas de países relativamente mais pobres da sub-região são traficadas para países mais ricos. O tráfico é maioritariamente inter-regional, com a exceção da Austrália e Japão, que recebem apenas tráfico internacional. Foram encontradas crianças vítimas de tráfico na Tailândia, vindas do Camboja, da República Democrática do Laos e Myanmar, e ainda crianças vindas de Thais foram encontradas na Austrália, China e Japão. Por sua vez, o Japão informou ter encontrado no seu país crianças vítimas de tráfico da China, Indonésia, Filipinas e República da Coreia, assim como a Austrália encontrou vítimas de tráfico da Malásia e República da Coreia.

Na África e Médio Oriente, calcula-se que das 6.300 pessoas vítimas de tráfico, 4.200 sejam crianças. Dentro deste número, calcula-se que 36% são vítimas de exploração sexual, sendo na maior parte dos casos provenientes do Omã, Emirados Árabes e Egito.

O Médio Oriente é considerado uma região de destino, onde as vítimas provêm do Leste Asiático e Sul da Ásia. Entre as vítimas traficadas da Tailândia foram encontradas crianças no Bahrein e Israel, assim como algumas nacionais da Indonésia e Filipinas. Também foram encontradas crianças sul asiáticas no Médio Oriente, nomeadamente nacionais de Bangladesh, Nepal, Sri Lanka, Etiópia e Eritreia, bem como cidadãos iraquianos.

As crianças vítimas africanas são encontradas maioritariamente na Europa Ocidental e Central, onde as crianças nigerianas representam 11% das vítimas de tráfico. Os nacionais de Camarões, Gana, Guiné e Serra Leoa também são identificados como vítimas de tráfico de muitos Países europeus.

Quanto ao tráfico proveniente de outros países africanos, também são mencionadas crianças ugandenses encontradas no Reino Unido, já outras, oriundas do Leste Africano (da Etiópia, Eritreia e Somália), foram encontradas em países escandinavos.

Contudo, o norte da África e Marrocos também não são exceção, pois traficaram crianças para nove países da Europa Ocidental e Central, incluindo a Bélgica, França, Itália, Holanda e Espanha, tendo sido encontradas vítimas da Argélia em França e na Noruega.

Os perpetradores do crime de tráfico são na sua maioria do sexo masculino e em regra nacionais do país onde o crime é cometido. De acordo com a estatística feita no período em análise de 2007-2010 pelo Relatório UNODC, os perpetradores deste crime e as condenações subsequentes, recaem na sua maioria no sexo masculino.

Porém, começa-se a notar a participação do sexo feminino neste tipo de crime, apesar do número de condenações não ser muito visível em comparação com o do sexo masculino. Calcula-se que cerca de 33% das condenações se dirigem a pessoas do sexo feminino e 67% do sexo masculino.

A participação das pessoas do sexo feminino neste tipo de crime tem correlação com o facto de estas, por um lado, terem sido vítimas, fazendo daquela realidade a sua, por dependência, ou, por outro lado, ainda são vítimas, estando

subjugadas ao poder dos verdadeiros perpetradores do crime, quer aliciando os menores, quer controlando-os.

1.2. Dimensão Nacional

Nos dados recolhidos pelo Observatório de Tráfico de Seres Humanos, no relatório de 2012, foram sinalizados 94 casos de lenocínio e pornografia de menores, independentemente da sua correlação com o tráfico de pessoas, pois em relação a este último foram sinalizados apenas 23 casos. No âmbito dos menores, ainda em investigação apenas se conseguiram apurar 4 casos de menores vítimas de exploração sexual com idades compreendidas entre o mínimo de 16 e o máximo de 17 anos de idade.⁹ As vítimas eram ilegais, a residirem em Portugal, e seriam posteriormente traficadas para outros países. Portugal seria assim lugar de trânsito.

A análise apresentada pelo referido relatório não é muito precisa, visto que apenas apresenta casos com idades compreendidas entre os 16 e os 17 anos¹⁰, o que inviabiliza a integração adequada de estratégias de combate a este crime e consequentemente não permite o estudo detalhado da idade, de modo a distinguir entre a idade em que foi traficada a vítima e a data em que foi sinalizado o crime.

Também se extrai do relatório que a nacionalidade das vítimas objeto de tráfico é estrangeira, não se conhecendo neste relatório vítimas nacionais.

⁹“*Relatório Anual do Tráfico de Seres Humanos 2012*”, Ministério da Administração Interna, Observatório do Tráfico de Seres Humanos, Maio 2013, p. 13. Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/OTSH_Relatorio_Anual_TSH_vIL.pdf

¹⁰Há que ressaltar que as idades inferiores referidas no Relatório apenas se connexionam com outros fins do tráfico, tais como a exploração laboral e outros.

2. Instrumentos Jurídicos Internacionais

“There is no trust more sacred than the one the world holds with children. There is no duty more important than ensuring that their rights are respected, that their welfare is protected, that their lives are free from fear and want and that they grow up in peace.”

Kofi A. Annan

Secretary-General of the United Nations

Tendo presente a complexidade deste tipo de crime – Tráfico de Seres Humanos – foram surgindo diversos instrumentos jurídicos na tentativa de perceber o alcance, o modo e o fim no combate a este fenómeno.

Embora não pretenda fazer uma análise exaustiva de todos instrumentos jurídicos aprovados, vou apenas salientar os que me parecem mais pertinentes.

2.1. Protocolo de Palermo

Em 15 de Novembro de 2000, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, adotou a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional. O objetivo da Convenção é a cooperação para a prevenção e combate a este tipo de crime.

Neste sentido são implementadas medidas de criminalização da participação num grupo criminoso organizado (artigo 5.º), no branqueamento do produto do crime, (artigo 6.º) e na corrupção (artigo 8.º). A Convenção prevê ainda competência jurisdicional (artigo 15.º), de extradição (artigo 16.º), de proteção de testemunhas (artigo 24.º), de assistência e proteção às vítimas (artigo 25.º) e prevenção da criminalidade organizada transnacional (artigo 31.º).

Na sequência da Convenção, foi criado um Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças¹¹, tendo também entrado em vigor em 29 de Setembro de 2003, comumente designado como Protocolo de Palermo.

¹¹Quer a CONVENÇÃO, quer o PROTOCOLO foram aprovados em Portugal pela Resolução n.º 32/2004 da Assembleia da República, e ratificados pelo Decreto n.º19/2004 de 2 de Abril do Presidente da República. Disponível em:

http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf p.291.

A elaboração deste Protocolo¹² permitiu uma definição clara e abrangente da noção de tráfico de pessoas, que até então não tinha sido conseguida. Assim, na alínea a) do seu Artigo 3.º, define-se Tráfico de Pessoas como:

“(...)o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos.”

Desta definição se conclui que os elementos que caracterizam o crime de tráfico de pessoas são a movimentação da vítima e a sua exploração.

Todavia, a aplicação do Protocolo é limitado às ações de natureza transnacional e que envolvam um grupo criminoso¹³, (artigo 4.º).

¹²A referida CONVENÇÃO surge na sequência da CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948, publicada no Diário da República I Série A, n.º57/78 de 9 de Março de 1978. Tendo presente que o Tráfico de Seres Humanos constitui a redução do Ser Humano a um objeto do qual se dispõe livremente, passível de atos bárbaros, escravizando-o e comercializando-o, a referida CARTA menciona no seu artigo 3.º “*Que todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*” e no seu artigo 4.º “*Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão (...) sob todas as formas, são proibidos.*” Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf p.245. Neste sentido, o ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, adotado pela Conferência Diplomática em Roma a 17 de Julho de 1998, tendo entrado em vigor na ordem internacional a 1 de Julho de 2002, elenca no seu artigo 7.º sob a epígrafe “*Crimes contra a Humanidade*”, no nº1 atos de escravidão, escravatura sexual, contemplados nas alíneas c) e g). (*Ob. cit.* p.313).

¹³Há que conciliar na aplicação do Protocolo, as recomendações do GUIA LEGISLATIVO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROTOCOLO ADICIONAL RELATIVO À PREVENÇÃO, À REPRESSÃO E À PUNIÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS, EM ESPECIAL MULHERES E CRIANÇAS DAS NAÇÕES UNIDAS, resolução da Assembleia Geral 55/25 Anexo III, adotada a 15 de Novembro de 2000, “*O artigo 34.º nº1 da Convenção estipula especificamente que os órgãos legislativos não devem inserir elementos de transnacionalidade ou de crime organizado nas disposições no direito interno relativas a infracções. Em conjunto, estabelecem o princípio de que, embora os Estados Partes devessem ter de provar um certo grau de transnacionalidade e crime organizado quando solicitassem a cooperação ou auxílio de outros Estados Parte, os respectivos Ministérios Públicos não deveriam ter de provar nenhum desses elementos para obter uma condenação por tráfico de pessoas ou qualquer outra infracção estabelecida pela Convenção ou pelos respectivos Protocolos. No caso do tráfico de pessoas, as infracções previstas no direito interno deveriam ser aplicadas, mesmo quando não haja nem transnacionalidade nem envolvimento de grupos criminosos organizados ou não for possível prová-los.*”, p. 17. Disponível em:

<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>

O Protocolo refere ainda que, o consentimento da vítima para exploração é irrelevante, no caso da utilização de qualquer meio acima previsto para o consumir, (artigo 3.º b). Porém, quando se trata de tráfico de crianças, dispensa-se a existência dos meios para a sua classificação como tráfico, (alínea c)).

O tráfico de crianças constituiu uma grave violação dos Direitos da Criança, precisamente, do direito que lhes é inerente de proteção de qualquer tipo de exploração.

Ainda quanto à assistência e proteção das vítimas de tráfico, o Protocolo obriga a que cada Estado Parte tenha em atenção, a “*idade, o sexo e as necessidades especiais*” principalmente as das crianças, nomeadamente no acesso ao “*alojamento, educação e cuidados adequados*”, (artigo 6.º n.º4).

2.2. A Convenção dos Direitos da Criança e o seu Protocolo Facultativo Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças, de 1989¹⁴ define Criança como todo o ser humano que tenha menos de 18 anos, a não ser que lhe seja aplicada a maioridade, (artigo 1.º).

Com a implementação desta Convenção, assiste-se a um esforço na determinação do conceito de criança, embora este varie consoante as perceções de diferentes países ou as situações jurídicas (ex.: emancipação).

Tendo em consideração a Convenção e a sua amplitude face ao Protocolo¹⁵, os “*Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral, para impedir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças, independentemente do seu fim ou forma.*”¹⁶

No âmbito da exploração sexual, o Estado tem a obrigação de fazer prevalecer o superior interesse da criança, abrangendo a proteção contra a prostituição e a participação em qualquer produção de carácter pornográfico¹⁷.

Nesta sequência foi adotado o Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil¹⁸, que reconhece no Artigo 2.º al/ a), que

¹⁴Disponível em:

http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

¹⁵Vide, PROTOCOLO DE PALERMO.

¹⁶Vide, artigo 35.º da CONVENÇÃO.

¹⁷Vide, artigos 34.º e 35.º da CONVENÇÃO.

venda de crianças é “qualquer acto ou transação pelo qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupos de pessoas, para uma outra pessoa ou outro grupo contra remuneração ou qualquer outra retribuição”. E, neste âmbito, o Estado Parte deve criminalizar todos os atos “cometidos dentro ou fora das suas fronteiras ou numa base individual ou organizada (...) a oferta, entrega ou aceitação de uma criança, por qualquer meio, para fins de exploração sexual da criança; (...)” Assim como “A oferta, obtenção, procura ou entrega de uma criança para fins de prostituição infantil(...)”, Artigo 3.º n.º1 als. a) ponto i; b).

Este Protocolo Facultativo não aborda especificamente a questão do tráfico de pessoas, mas menciona os fatores que poderão estar subjacentes a esse tráfico (a venda, a prostituição e a pornografia infantil).

Um outro elemento a ressaltar no Protocolo Facultativo, é que face ao Protocolo (de Palermo) tem uma maior amplitude, criminalizando o tráfico existente dentro e fora de fronteiras e ainda, considerando que este crime tanto pode ser praticado por um grupo organizado, como a nível individual.

Ora, aproveitando-se tais atos da vulnerabilidade das crianças e potenciando-as, os Estados Parte devem adotar as medidas que protejam o superior interesse da criança, em todas as fases do processo penal, dos atos arbitrários descritos no referido Protocolo Facultativo.¹⁹

2.3. Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e Abusos Sexuais

Em 25 de Outubro de 2007 foi assinada a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais,²⁰ designada como Convenção de Lanzarote.

¹⁸O PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, SOBRE A VENDA DE CRIANÇAS, A PROSTITUIÇÃO INFANTIL E A PORNOGRAFIA INFANTIL, foi adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas na sua Resolução A/RES/54/263 de 25 de Maio de 2000, tendo entrado em vigor em 18 de Janeiro de 2002. Portugal assinou este PROTOCOLO FACULTATIVO em 6 de Setembro de 2000, tendo-o ratificado em 16 de Maio de 2003. Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf p.303.

¹⁹Vide, artigo 8.º do PROTOCOLO FACULTATIVO.

²⁰Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º75/2012 em 9 de Março de 2012. Disponível em: <http://dre.pt/pdfgratis/2012/05/10300.pdf>

Esta Convenção identifica e criminaliza todas as formas de violência sexual contra crianças, abrangendo a prostituição, pornografia infantil, o aliciamento de crianças através de tecnologias de informação e comunicação e ainda a corrupção de crianças através da exposição a conteúdos e atividades sexuais.

O objetivo primordial da Convenção é o superior interesse da criança e o respeito pelos seus direitos. Neste contexto foram implementadas medidas de prevenção (artigo 4.º), de proteção e de assistência às vítimas (artigo 11.º), programas de intervenção (artigo 15.º), medidas penais contra os criminosos sexuais (artigo 18.º) e ainda, a criação de um comité, o Comité das Partes, composto por representantes dos membros da Convenção, que funcionará como um mecanismo de monitorização (artigo 39.º).

2.4 O Tratado da União Europeia

Em 7 de Fevereiro de 1992 foi assinado o Tratado da União Europeia, comumente conhecido como Tratado de Maastricht, que marca uma profunda alteração do quadro institucional, jurídico e político da integração europeia. Há uma intervenção acentuada nos domínios de proteção de situações que violem os direitos fundamentais, visando o combate à criminalidade:

“(…)organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra crianças (...)” (artigo 29.º do TUE)²¹

Neste sentido, também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²², assinada em 7 de Dezembro de 2000, proíbe o tráfico de seres humanos (artigo 5.º).

Com o objetivo de combater este fenómeno e conseqüentemente a exploração sexual de crianças, foram adotados alguns instrumentos jurídicos:

- Directiva 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 proteção das vítimas, que substitui a Decisão-Quadro de 2002/629/JAI do Conselho.

Esta Diretiva é mais abrangente do que a Decisão-Quadro, desde logo no conceito de tráfico de seres humanos, uma vez que inclui novas formas de

²¹No combate à criminalidade, a cooperação policial vem referida no artigo 30.º do TUE e a cooperação judiciária em matéria penal vem referida no artigo 31.º da TUE. Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf

²²*Ob. cit.*, p.115.

exploração²³. Assim, de acordo com o artigo 2.º, devem ser puníveis os seguintes atos:

“1. Recrutamento, transporte, transferência, guarida ou 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, arдил, 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 mesmos termos que o Protocolo de Palermo, o consentimento é irrelevante se os atos praticados forem os estipulados no nº1 e 3 da Diretiva e, igualmente, se estes atos incidirem sobre uma criança, devem ser punidos como tráfico de seres humanos.

A Diretiva apela ainda à assistência e apoio às vítimas de tráfico²⁴, mencionando, no caso dos menores, o superior interesse da criança, compreendendo medidas que garantam *“a sua recuperação física e psicossocial (...)”* assegurando *“(...) o acesso à educação (...)”* em condições de igualdade com os nacionais, artigo 14 nº1, aplicando-se o mesmo *mutatis mutandis* no caso de vítimas menores não acompanhadas, artigo 16.º²⁵

- Directiva 2011/92/UE de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.^{26/27}

²³As novas formas de exploração vêm referidas no nº3 do artigo 2º da Directiva *“A exploração 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.”* Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>

²⁴Vide, artigo 11.º a 16.º da Directiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:PT:PDF>

²⁵No mesmo sentido, a Decisão-Quadro do Conselho 2001/220/JAI de 15 de Março refere o Estatuto da Vítima em Processo Penal, tendo como complemento a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1969, que tem presente relativamente a cada vítima *“(...)um tratamento específico, o mais adaptado possível à sua situação.”*, (artigo 2.º n.º2). Disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5

²⁶A Directiva 2011/92/UE de 13 de Dezembro, vem substituir a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22 de Dezembro de 2003.

²⁷A Directiva 2011/92/UE de 13 de Dezembro de 2011 deve ser utilizada juntamente com a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, na medida em que deve integrar o crime numa das alíneas do artigo 2º e, posteriormente, implementar a medida adequada, referente à matéria de apreensão e perda a favor do Estado dos produtos do crime. A par da citada

Trata-se de uma diretiva mais abrangente, criminalizando e reprimindo atos e atores dos crimes, fazendo prevalecer o superior interesse da criança vítima do crime.

- Directiva 2004/81/CE do Conselho de 29 de Abril,²⁸ relativa à autorização de residência concedida a nacionais de países estrangeiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal. Tratando-se de menores, os Estados-Membros devem ter em atenção o superior interesse da criança, adequando os procedimentos à sua idade, maturidade, atribuindo um período de reflexão²⁹ mais alargado e contribuindo com o acesso à educação em condições de igualdade aos seus nacionais. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, a menores não acompanhados, devendo os Estados-Membros providenciar todos os mecanismos necessários à identificação e localização da família do menor, (artigo 10.º).

Em 16 de Maio de 2005, foi adotada a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos³⁰, comumente designada de Convenção de Varsóvia. O seu âmbito de aplicação é mais alargado que o Protocolo³¹, visando assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas de tráfico. Esta Convenção aplica-se quer as vítimas se encontrem em território nacional, quer internacional e ainda, quer estas tenham estreita ligação à criminalidade organizada, ou não. A Convenção criminaliza todos atos referentes ao tráfico de pessoas, porém considera os atos cometidos contra as vítimas menores, como “*circunstâncias agravantes da determinação da sanção a impor*”, (artigo 24.º).

Convenção, o nosso direito interno também adotou Medidas de Combate à Criminalidade Organizada, pela Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro, com vista à recolha de provas relativas aos crimes de tráfico e de lenocínio de menores, (al. m) n.º1 do art.º 1), e ainda, pela Lei n.º45/2011 de 24 de Junho, no artigo 17.º, al. c) onde menciona que a receita de bens conexos com o crime de tráfico reverte para a entidade coordenadora do Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos. Disponíveis em: <http://dre.pt/pdf1s/2011/06/12000/0374103744.pdf>
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis

²⁸ Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0019:0023:PT:PDF>

²⁹ O período de reflexão vem referido no artigo 6.º da citada Directiva, caracterizando-se como forma de “*recuperar e escapar à influência dos autores das infrações, de modo a poderem tomar uma decisão informada sobre se cooperam ou não com as autoridades competentes*”.

³⁰ Portugal assinou em 16 de Maio de 2005 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2008 de 14 Janeiro. A sua ratificação foi concluída em 1 de Julho de 2008. Disponível em: http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf p.215.

³¹ Entenda-se: Protocolo de Palermo.

3. Evolução do conceito de bem jurídico-penal

“A mais preemente necessidade do ser humano,
é a de ser humano.”

Clarisse Lispector

A origem do conceito de bem jurídico-penal não é passível de consenso. Há quem atribua as raízes do conceito ao período do iluminismo criminal onde se pretendeu definir o conceito material de crime e limitar o “*ius puniendi*.”³²

Definiu-se o conteúdo do crime como a lesão a direitos subjetivos do indivíduo ou da comunidade, rejeitando-se a criminalização de condutas imorais ou contrárias à religião, que não causassem danos ao indivíduo ou ao Estado.³³

A ingerência do Estado nos direitos individuais só seria possível na medida do necessário para a garantia da coexistência social, i.e., para se prevenirem danos sociais, e nunca para outros fins.

Outros autores atribuem a paternidade do conceito de bem jurídico-penal a Birnbaum. Este autor nunca chegou a utilizar a expressão “*bem jurídico*”, mas outras de idêntico significado.³⁴ Para Birnbaum, o conceito de bem é limitado à tutela penal de um objeto: “*bem material, pertencente a um particular ou colectividade, pela sua natureza, susceptível de violação e ao qual o Estado atribui tutela.*”³⁵ Daqui se retira que ao bem material se atribui superioridade face ao indivíduo.

³²CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, “Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Estudos e Monografias”, Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora, 1995 p. 29; Nas palavras de Figueiredo Dias, o *ius puniendi* traduz-se no “*poder punitivo do Estado, resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas.* (DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal - parte geral - Questões Fundamentais A Doutrina do Crime”, Tomo I, 2ª Edição Coimbra Editora, 2011, p. 6.)

³³Os principais defensores deste conceito liberal de crime são Beccaria, Furbach e, em Portugal, Pascoal José de Melo Freire (neste sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 30 e ss). Tendo em consideração as linhas de pensamento da época do iluminismo criminal, o fundamento de punir e os seus limites provinham do contrato social. Assim, de acordo com Locke, os indivíduos delegavam “*parte do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade (...). Mas, essa delegação só terá sido feita para, e na medida do indispensável, à defesa do indispensável.*”. Ainda neste sentido, Feurbach via “*nos direitos inatos do indivíduo e do Estado, reconhecidos no contrato social, os únicos bens penalmente tuteláveis*”; RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida da pena”, Coimbra Editora, 1995, p. 261.

³⁴Birnbaum utilizou expressões semelhantes à de bem jurídico, tais como, “*Gut welches uns rechtlich zusteht*” ou seja, conceito de um bem a ser definido pela lei. No caso, “Gut” e “Rechtlich Gut” significam bem e bem juridicamente protegido. (*Apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 47, nota 80 e 81).

³⁵*Apud, idem*, p. 46.

Posteriormente surgem Karl Binding e Liszt, expoentes da corrente positivista do séc. XIX.

Binding estabelece uma relação entre as normas e o bem jurídico. O bem jurídico deriva de uma norma que estabelece a sua proteção. Para este autor, o bem jurídico é sempre uma criação do legislador, i.e., não tem uma existência pré-jurídica.

Para Binding a norma é a *“única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico.”*³⁶

Liszt define o bem jurídico *“como o interesse juridicamente protegido”*³⁷ que se identifica com os *“interesses vitais do indivíduo ou da comunidade”*, ou seja, *“A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a protecção do Direito eleva o interesse vital a bem jurídico.”*

No século XX surge a concepção neokantiana do bem jurídico. De acordo com Conceição Cunha, o bem jurídico, para esta concepção, *“No plano dogmático, não servia para individualizar o objecto da ofensa (...) uma vez que este consistiria na violação da própria norma”, além disso, “não estabelece qualquer limite ao poder criminalizador.”*³⁸

Em meados do século XX, a concepção de bem jurídico é alterada, sendo-lhe conferido um sentido crítico, transistemático e garantístico, da atuação penal. Logo, a noção de bem jurídico *“com função limitadora do poder punitivo, não pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito formal, mero garantidor (formal) das liberdades, não intervencionista, para um Estado de Direito que se quer material, democrático e social. Assim, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a ser tutelados pelo Direito Penal. (...) Isto, de acordo com uma concepção de Bem Jurídico que reclama que o Direito Penal esteja em consonância com a realidade social e suas exigências, com as concepções valorativas dominantes (...), com a tutela dos bens essenciais para aquela comunidade concreta e co-respectiva prevenção de danos sociais (...).”*³⁹

Tal como já foi referido, o conceito de bem jurídico não foi passível de consenso. De acordo com Roxin, *“bens jurídicos são os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum, que se concretizam numa série de situações valiosas,*

³⁶Apud, *idem*, p. 51.

³⁷Apud, *idem*, p. 53; RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 262, nota 271.

³⁸CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 70.

³⁹Apud, *idem*, p. 80.

como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade.”⁴⁰

Para Polaino Navarrete são “os bens e valores mais sólidos da ordem e convivência humana em condições de dignidade e de desenvolvimento da pessoa em sociedade.”⁴¹

Figueiredo Dias percebe o bem jurídico como “uma visão funcional, que o vê (ao bem jurídico), como unidade de aspectos ônticos e axiológicos através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso.”⁴²

No mesmo sentido, Taipa de Carvalho definiu-o como “valores considerados pelos ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade.”⁴³

Perante a panóplia de interpretações acerca do conceito de bem jurídico, dado o seu sentido amplo, tornou-se imprescindível delimitá-lo e concretizá-lo, com o intuito de evitar a arbitrariedade na criação de lei formal, tendo sido conferido este papel delimitador à Constituição.

Ultrapassando as diferentes concepções de bem jurídico, no contexto constitucional⁴⁴ importa referir que entendemos a Constituição em sentido material⁴⁵, pois só assim, num Estado de direito, democrático e social, prevalece o “(...)princípio

⁴⁰Apud, *idem*, p. 82; Neste sentido, Roxin refere ainda que “bens jurídicos são realidades ou pretensões que são úteis ao indivíduo e seu livre desenvolvimento no âmbito do sistema social ou ao funcionamento do próprio sistema social.” Apud, RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 269, nota 283.

⁴¹Apud CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 83.

⁴²DIAS, Jorge Figueiredo, “*Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*”, p. 15. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FDias.pdf

⁴³CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime-*, Coimbra Editora, 2008, p. 48.

⁴⁴De acordo com a doutrina portuguesa, Figueiredo Dias é de opinião que o conceito de bem jurídico se deve materializar na Constituição: “Se, num Estado de Direito material, toda a actividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação, que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado.” DIAS, Jorge Figueiredo, *ob. cit.*, p. 15 e ss;

⁴⁵Entende-se por Constituição material, “o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico e o conjunto de forças políticas e sociais que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita.” (CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7ª Edição, Almedina, 2003, p. 1139); Neste sentido também, CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p.116, menciona,“(…)Constituição material, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivadas no texto Constitucional (...)”

*da liberdade, ligado à exigência de respeito pela dignidade humana (...)*⁴⁶. Ora, é precisamente a dignidade humana que constitui um princípio fundamental presente nos diferentes bens jurídicos, a essência do bem jurídico. E, neste âmbito, deve caber ao direito penal a função de proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Todavia, tais bens jurídicos só são dignos de tutela penal quando reflexos de um valor Constitucional. Diz-nos Figueiredo Dias e Roxin, que o conceito de bem jurídico é determinado através da indagação dos fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucionalmente consagrado e princípios fundamentais implementados, “*É em definitivo a Constituição que funciona como parâmetro de referência na selecção dos factos que legitimamente se podem submeter a penas.*”⁴⁷ Roxin afirma ainda, “*Num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição.*”⁴⁸

À luz da nossa Constituição, no seu artigo 1.º enaltece-se a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Portuguesa, traduzindo esta, a primazia atribuída ao Ser Humano, proveniente também de outros instrumentos jurídicos internacionais.

Assim sendo, a Constituição permite amplamente a intervenção do legislador penal, na concretização de bens que se revistam de dignidade penal.⁴⁹

Consequentemente, no artigo 18.º n.º2 da CRP menciona-se que “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*” Por outras palavras, a restrição dos direitos, liberdades e garantias, só é passível de legitimação quando em confronto com outros interesses constitucionalmente protegidos e que se encontrem em perigo de serem violados. O que está presente, no artigo 18.º n.º2 da CRP, é o critério da dignidade e necessidade penal, como meio legitimador da intervenção penal, na concretização dos bens jurídicos a serem tutelados. Assim sendo, perante uma conduta lesiva de um determinado bem jurídico dotado de dignidade penal, procura-se aplicar outros instrumentos de controlo social, que sejam adequados à proteção do bem jurídico

⁴⁶CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, p. 136.

⁴⁷*Apud, idem*, p. 145.

⁴⁸*Apud, idem*, p. 145

⁴⁹RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 287, nota 324.

lesado e, caso esses instrumentos sejam inadequados, há que averiguar a possibilidade de o direito penal ser o ramo do direito adequado a proteger o bem jurídico.⁵⁰

O tráfico de pessoas viola valores Constitucionais, tais como o direito à vida (artigo 24.º n.º1 da CRP), à liberdade e autodeterminação sexual (artigo 25.º da CRP), ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da CRP), entre outros. E a violação destes direitos fere, evidentemente, o princípio fundamental da dignidade humana. Porém, pode dizer-se que com este tipo de crime é diretamente violada essa dignidade “*ao transformar o corpo da vítima em mero objecto de exploração sexual ou laboral, ou numa como que uma espécie de depósito de órgãos.*”⁵¹

Na verdade, “*o próprio conceito de “tráfico” de pessoas evoca este sentido de “mercantilização” dessas pessoas, reduzidas a um objecto, quando lhes é inerente (...) uma dignidade, e nunca, como em relação às coisas, um preço.*”⁵²

O mesmo se passa com a exploração sexual de menor, caracterizada como um dos fins visados pelo tráfico de menor.

O bem jurídico acautelado pelo artigo 175.º é a autodeterminação sexual de menor de 18 anos. Os crimes contra a autodeterminação sexual aplicam-se relativamente aos menores, em virtude da sua vulnerabilidade e vontade viciada, que lhes é inerente em razão da idade.

Nas palavras de E. ORTS BERENGUER “*o bem jurídico não poderá ser a liberdade sexual, mas o desenvolvimento gradual e a descoberta espontânea da sexualidade, sem experiências traumáticas ou intromissões de adultos numa esfera tão íntima.*”⁵³

Neste sentido, não se trata de delimitar a fronteira entre liberdade sexual e autodeterminação sexual, uma vez que uma é inerente à outra, mas, enquanto a liberdade sexual, inserida na Secção I do Capítulo V diz respeito à proteção da liberdade e/ou autodeterminação sexual de todas as pessoas sem fazer menção à idade, já a autodeterminação sexual, inserida na Secção II do Capítulo V, diz respeito a vítimas menores de idade.^{54/55}

⁵⁰RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob.cit.* p. 287 e ss.

⁵¹CARVALHO, Américo Taipa de, Tráfico de Pessoas, “*anotação ao artigo 160.º*”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, p. 478.

⁵²PATTO, Pedro Marinho Godinho Vaz, Revista do CEJ, VIII, “*Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*”, 1º Semestre, n.º8, 2008, p. 182.

⁵³Apud, LEITE, Inês Ferreira, Revista Portuguesa de Ciência Criminal “*A Tutela Penal da Liberdade Sexual*”, n.º1, Ano 21, Janeiro-Março 2011, p.41.

⁵⁴DIAS, Jorge Figueiredo Dias, “*anotação ao artigo 163.º*”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, p. 711.

Nas palavras de Figueiredo Dias, o bem jurídico protegido na Secção I e na Secção II é: “*a liberdade e autodeterminação sexual, quando ligado a um outro bem jurídico, a saber, o do livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual*”⁵⁶.

Assim, a autodeterminação do menor depende de um processo da formação dessa mesma vontade, que deve ser livre, esclarecida e autêntica, livre de intromissões lesivas do seu desenvolvimento harmonioso.

⁵⁵Em sentido contrário, Ana Rita Alfiate entende que os crimes sexuais tipificados no Capítulo V do Código Penal, são crimes contra a liberdade individual do menor, logo contra a liberdade sexual, “*o bem jurídico protegido nos casos de crimes sexuais contra menores deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade sexual em sentido amplo, pois a titularidade do bem jurídico liberdade sexual, não deve ser afastada em função da menoridade.*” Na sua opinião, o bem jurídico liberdade sexual não estabelece um limite à idade do menor, para efeitos de criminalização e determinação da conduta, do grau de lesão desta e da capacidade do menor. Considerando a ampla liberdade sexual que defende, o bem jurídico protegido deve ser a infância e juventude enquanto bens supra-individuais estabelecidos nos artigos 69.º e 70.º da CRP, onde independentemente da valoração feita pelo menor perante a conduta, o legislador entende que esta tem dignidade penal, representando um perigo no desenvolvimento do menor. Assim, ao determinar que o bem jurídico é a proteção da infância e a juventude, fica justificado o alargamento da proteção até aos 18 anos. Contudo, na minha opinião, o que está em causa nos crimes sexuais contra menores é a proteção da personalidade e autodeterminação dos menores, tal como está previsto na própria inserção sistemática do Capítulo V do Código Penal. ALFAIATE, Ana Rita, “*A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*”, Coimbra Editora, 2009, p. 90 e 98.

⁵⁶DIAS, Jorge Figueiredo, anotação ao artigo 163.º, *ob. cit.*

4. Evolução dos Crimes de tráfico e Lenocínio de menor

“Children do not constitute anyone's property: they are neither the property of their parents nor even of society. They belong only to their own future freedom.”

Mikhail Bakunin

A legislação penal portuguesa sofreu sucessivas alterações, no tocante aos tipos legais de tráfico de pessoas e do lenocínio de menores.

4.1. O Código Penal de 1982

O Código Penal, aprovado pelo DL n.º400/82 de 23 de Setembro, estabeleceu pela primeira vez, no Capítulo I – Dos Crimes contra os Fundamentos Ético-Sociais da Vida Social -, sob a epígrafe «Tráfico de Pessoas» no seu artigo 217.º n.º1:

“1 - Quem realizar tráfico de pessoas, aliciando, seduzindo ou desviando alguma, mesmo com o seu consentimento, para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, será punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias.”

Nos termos dos n.ºs 2 e 3, estava previsto um agravamento da pena se o agente praticasse tais condutas com intenção lucrativa, de modo profissional, utilizasse violência grave ou tivesse uma relação de proximidade com a vítima.

Os objetivos visados por este artigo 217.º eram a proteção da vítima⁵⁷, mas essencialmente a tutela de um conjunto de valores patentes na sociedade. Daí a menção no citado artigo à *“prostituição ou actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual.”*

Decorre ainda do tipo legal que os atos constitutivos do crime de tráfico de pessoas – o aliciamento, a sedução e o desvio – independentemente do consentimento, só preenchem o tipo quando se tratasse de tráfico de pessoas para o estrangeiro, caso contrário estaríamos perante o crime de lenocínio punido pelos artigos 215.º e 216.º.

⁵⁷ *“O nosso Código, embora tenha deixado de punir a prostituição, tomou uma série de medidas contra os que exploram, isto em defesa da própria prostituta que, não obstante a imoralidade do seu comportamento ao vender o corpo, não perdeu a dignidade da pessoa humana que deve ser defendida contra os que estimulam certas formas de prostituição ou a exploram”, Acórdão do STJ, de 4 de Maio de 1994, in Colectânea de Jurisprudência – STJ, Ano II, p.208, apud DUARTE, Dias Jorge, “Tráfico e exploração sexual de mulheres”, Revista do Ministério Público, Ano 22º, Janeiro a Março de 2001, n.º 85, p. 56, nota 13.*

Paralelamente, o crime de Lenocínio constante no artigo 215.º n.º1 dispunha que os atos acima descritos eram punidos, quando referentes a menores ou portadores de anomalia psíquica e ainda em casos de exploração de situações de abandono ou necessidade económica, com pena de prisão até 2 anos ou multa até 100 dias.

4.2. A Revisão do Código Penal de 1995

Com a alteração do Código Penal pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, o crime de Tráfico de Pessoas passou a estar previsto no artigo 169.º que dispunha:

“Quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.”

O bem jurídico tutelado passou a ser pessoal, só assim se compreendendo a sua inserção no Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual -.

Todavia, com a alteração da lei exige-se que o tráfico seja executado pelos meios violentos ou fraudulentos ou então em relação a pessoas vulneráveis.

Com a reforma deixaram de estar previstos os meios aliciamento, sedução ou desvio: *“em confronto com a versão originária salienta-se não só a simplificação do texto mas também a especialização dos meios de execução, passando assim o crime a ser de execução vinculada, e a exigência de exploração de uma situação de abandono ou de necessidade, no entendimento de que só assim a conduta assume dignidade penal.”*⁵⁸

A pretensão não é punir a prática de prostituição, mas apenas a conduta do agente que através da violência ou manobra fraudulenta, leva a vítima a prostituir-se ou a praticar atos sexuais de relevo⁵⁹ em outro país. Estamos perante um crime de

⁵⁸Apud SANTOS, Boaventura de Sousa, GOMES, Conceição, DUARTE, Madalena, BAGANHA, Maria Ioannis, *“Tráfico de Mulheres em Portugal para fins de exploração sexual”*, CIG, 2009, p. 60, nota 7.

⁵⁹De acordo com o Tribunal da Relação de Coimbra *“acto sexual de relevo a punir é todo o acto que viole intensamente a liberdade de expressão sexual da vítima”*, apud ob.cit., p. 61, nota 9; No mesmo sentido, Mouraz Lopes *“importará nunca perder de vista que é a liberdade sexual que está em causa nestes crimes. Se se entender que a “liberdade sexual” tem como limite, não apenas o respeito pelo exercício da liberdade sexual alheia, mas também o costume social, ou seja, o conjunto de regras que os costumes sociais impõem ao comportamento sexual e que são recebidas pelo direito positivo, variando de uma sociedade para outra e, na mesma sociedade, ao longo do tempo teremos a definição de liberdade sexual no seu sentido positivo que porventura concretizará alguns dos limites da “relevância”*

resultado, pois o crime consuma-se com a prática da prostituição ou dos atos sexuais de relevo e, na falta destes, há mera tentativa, punida pelo n.º1 do artigo 23.º.

Outra manifesta alteração foi a exigência de que o agente atue “*explorando a sua situação de abandono ou de necessidade*”, ou seja, era irrelevante para a aferição dessa situação de abandono ou de necessidade, se a vítima já se encontrava nesse estado no país de origem ou se esse estado era o reflexo de se encontrar no país de destino.

A agravação passou a ser cominada em função da relação familiar e relação de dependência hierárquica, de acordo com os artigos 169.º e 177.º.

Paralelamente, o crime de Lenocínio, regulado pelo artigo 170.º, tinha como elementos típicos do crime o fomento, o favorecimento e a facilitação do exercício da prostituição ou da prática de atos sexuais de relevo, sendo a moldura penal a pena de prisão de 6 meses a 5 anos, podendo ser agravada para pena de 1 a 8 anos, caso o agente atuasse de forma profissional ou com intenção lucrativa, explorando assim situações de abandono ou de necessidade económica da vítima.

A par do crime de Lenocínio, regulado pelo artigo 170.º, criou-se um novo normativo, o Lenocínio de Menores, regulado pelo artigo 176.º; este tinha os mesmos elementos típicos do crime acima mencionados, porém aplicava-se a menor entre 14 e 16 anos.

Acresce neste artigo 176.º, no seu n.º2, que, se o agente usasse de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, aproveitamento da incapacidade psíquica da vítima ou esta fosse menor de 14 anos, a moldura penal aplicada seria uma pena de prisão de 2 a 10 anos.

do acto sexual”, *apud ob.cit.*, p. 61, nota 9. Em contraposição à liberdade sexual, proveniente da autodeterminação do ser humano, enquanto ser livre e com direito de opção, surge a opinião de Sénio Reis Alves, que faz depender o sentimento de constrangimento da vítima do constrangimento que possa surgir na sociedade, assim “*acto sexual de relevo é todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes), que ofende, em grau elevado o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas. (...) a relevância ou irrelevância de um acto sexual só lhe pode ser atribuída pelo sentir geral da comunidade (...), esta considerará com gravidade, ou não, o sentimento de vergonha ou timidez, (relacionado com o instinto sexual, da generalidade das pessoas.*” *apud* DUARTE, Dias Jorge, “*Tráfico e exploração sexual de mulheres*”, Revista do Ministério Público, Ano 22º, Janeiro a Março de 2001, n.º 85, p. 65.

4.3. O Código Penal após a revisão de 1998

Com o intuito de alargar e facilitar a implementação de condutas no combate ao tráfico de pessoas, surge a Lei n.º65/98 de 2 de Setembro, que vem reformar o Código Penal até à altura vigente. Porém, o conteúdo normativo manteve-se praticamente inalterado, apenas suprimindo “*a exploração da situação de abandono ou de necessidade*”. Expressão suprimida, quer no artigo 169.º referente ao Tráfico de Pessoas, quer no artigo 176.º referente ao Lenocínio e Tráfico de Menores.

Apesar da reforma, continuava a ser necessário que o agente coagisse a vítima à prática da prostituição, através da utilização de meios como a violência, ameaça grave, o ardil ou manobra fraudulenta.

Tal coação, no tráfico de pessoas, deve ser entendida como uma “*especialidade através da sua finalidade*”, exigindo-se, entre a coação e a prática de prostituição, uma relação de meio-fim.⁶⁰

4.4. Revisão de 2001

No seguimento desta reforma, é criada a Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, que veio alterar os artigos 169.º e 170.º, com o objetivo de aplicar as disposições do Protocolo de Palermo. Estipula o artigo 169.º:

“Quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando qualquer situação de especial vulnerabilidade, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de pessoa, ou propiciar as condições para a prática por essa pessoa, em país estrangeiro, de prostituição ou de actos sexuais de relevo, é punido com prisão de 2 a 8 anos.”

A lei acrescentou como elementos do crime: o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, e a situação de especial vulnerabilidade da vítima⁶¹. A lei penal é ainda aplicável ao crime de tráfico

⁶⁰RODRIGUES, Anabela Miranda, “A incriminação do Tráfico de Pessoas no Contexto da Política Criminal Contemporânea”, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias, Vol. III –, p. 580.

⁶¹Entende-se por situação de especial vulnerabilidade da vítima “*toda a situação em que a pessoa visada não tenha outra escolha real nem aceitável senão submeter-se ao abuso*”, SIMÕES,

cometido fora do território nacional desde que o agente do crime seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado.

O artigo 170.º acrescenta a profissionalidade ou a intenção lucrativa do agente, como elementos do crime.

As penas são gradualmente agravadas no caso de Lenocínio e Tráfico de menores do artigo 176.º, pretendendo-se assim uma maior proteção dos menores e uma punição mais severa dos agentes do crime.

4.5. Revisão de 2007

4.5.1 Artigo 160.º do Código Penal – Tráfico de Pessoas

Com a revisão do Código Penal, pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro, o crime de tráfico de pessoas, do artigo 160.º, passa a estar previsto no Capítulo IV – Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal⁶². Esta alteração sistemática traduz a valorização do bem jurídico a proteger, i.e., a liberdade pessoal, essencial para o respeito pela dignidade da pessoa humana, que no crime de tráfico é atingida, reduzindo-se a pessoa a um mero objeto ou instrumento do crime.

Considerando a importância da criminalização deste crime, foi transposta para o ordenamento jurídico português a Directiva 2011/36/UE, que determina a alteração do artigo 160.º do Código Penal, no sentido de alargar o âmbito das formas exploração do tráfico de pessoas, passando a incluir além da exploração sexual, da exploração do trabalho e da extração de órgãos, ainda a mendicidade, a escravidão, ou a exploração de outras atividades criminosas.

Euclides Dâmaso, “*Tráfico de Pessoas: Breve Análise da Situação em Portugal – Notícias do novo protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*”, Revista do Ministério Público, Ano 23, Julho a Setembro de 2002, n.º91, p. 83.

⁶²Taipa de Carvalho considera que a localização rigorosa deste tipo legal deveria ser imediatamente anterior ao crime de escravidão, pois entende tratar-se de um crime de quase escravidão.

Além disso, tendo o legislador adotado uma escala de gravidade ascendente nos crimes contra a liberdade pessoal, deveria ser este crime, como um dos mais graves, a encerrar esta categoria. CARVALHO, Américo Taipa de, *anotação ao artigo 160.º*, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, p. 677, nota 1. Também neste sentido a CONVENÇÃO SUPLEMENTAR DE GENEBRA de 1956, menciona condutas análogas ao crime de escravidão, entre elas, a al. d) do grupo III: “*d) Toda instituição ou prática em virtude da qual uma criança ou um adolescente menor de dezoito anos é entregue, pelos pais, por um deles ou pelo tutor a outra pessoa, mediante remuneração ou sem ela, com o fim de explorar, quer a pessoa, quer o trabalho da criança ou do adolescente.*” Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/dl42172.pdf>

A inclusão de novas formas de exploração traduz a necessidade de uma maior proteção resultante da constante inovação das práticas de tráfico.

Pretende-se proteger a liberdade de decisão e de ação, afetadas pelo exercício da coação.

O crime de tráfico de pessoas deixa de se restringir à mobilidade internacional e passa a aplicar-se também às deslocações nacionais.

O crime de tráfico de pessoas deixou de ser caracterizado como um crime de resultado, bastando que o agente do crime ofereça ou entregue a vítima para os fins visados.⁶³

Exige-se o dolo direto ou dolo necessário, não sendo suficiente o dolo eventual, uma vez que os tipos legais contidos no n.ºs 1 e 2 exigem que o agente atue com a finalidade de vir a explorar a vítima ou que o seu destino seja a exploração⁶⁴, incorrendo numa pena de prisão 3 a 10 anos.

O crime de tráfico de adultos, tipificado no n.º1, quanto às condutas utilizadas, é um crime de execução vinculada, visto que, a entrega, oferta, o aliciamento, aceitação, o transporte, o alojamento ou acolhimento, tem de ser precedido de um dos meios estipulados nas alíneas do n.º1.

Relativamente aos meios, referidos nas alíneas de a) a e) do n.º1, importa tecer algumas considerações.

A noção de violência tanto engloba a violência física, como a psíquica. Há quem entenda englobar-se no conceito de violência as condutas omissivas e condutas que de alguma forma diminuam a capacidade de decisão ou resistência da vítima.⁶⁵

Entende-se por rapto, a transferência da vítima de um lugar para outro, utilizando como meios para a prática do crime, a violência, a ameaça ou a astúcia sobre a vítima.⁶⁶

⁶³Paulo Pinto de Albuquerque entende que o crime de tráfico de pessoas integra um crime de dano, quanto à lesão do bem jurídico, que é a dignidade humana, patente na liberdade pessoal ou autodeterminação sexual, e um crime de resultado, quanto ao objeto ação, que é o corpo da vítima, in “anotação ao artigo 160.º”, *Comentário ao Código Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição Atualizada, Universidade Católica, p. 430, nota 3.

⁶⁴Paulo Pinto de Albuquerque considera que “O tipo subjectivo admite qualquer forma de dolo, salvo no tocante à conduta ardilosa ou fraudulenta, que é incompatível com o dolo eventual”, in ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob.cit.*, p. 433, nota 15.

⁶⁵CARVALHO, Américo Taipa de, “anotação ao artigo 154.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 570, nota 10.

⁶⁶(*Idem*), “anotação ao artigo 161.º”, *ob. cit.*, p. 694, nota 4.

Por ameaça grave deve ter-se como referência a noção de ameaça com mal importante, tipificada no artigo 154 n.º1. A ameaça consiste num mal, futuro, dependente da vontade do agente. Este mal tanto pode ser pessoal como patrimonial e pode não ser de execução iminente. A noção de “*mal importante*” deve ser entendida como um ato que intimide suficientemente a vítima, fazendo-a recear verdadeiramente o ato ameaçado. Assim, entende-se por “*ameaça grave*”, todo o ato coativo, real e futuro que dada a sua medida e intensidade, provoque na vítima um fundado receio de vir a ser exercido pelo agente.

O ardil ou a manobra fraudulenta é a indução da vítima em erro sobre as verdadeiras intenções e consequências da ação. É o uso de meios ou estratagemas astuciosos viciando a decisão da vítima. Se o agente do crime se aproveitar do desconhecimento ou engano da vítima e não a esclarecer, recairá sobre ele o crime de omissão de auxílio (artigo 200.º), uma vez que estão em causa a liberdade e a integridade da vítima.⁶⁷

O abuso de autoridade, resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho, ou familiar, deve ser interpretado não só como uma real dependência da vítima perante o agente, mas também quanto à influência que esse mesmo agente exerce sobre a vítima.⁶⁸

O aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade deve ser entendido como uma vulnerabilidade absoluta, resultante da situação em que a vítima se encontra⁶⁹. Essa vulnerabilidade traduz-se na incapacidade da vítima para avaliar o sentido e as consequências da intenção do agente. Nas palavras de Pedro Vaz Patto, a “*especial vulnerabilidade da vítima*” deve ser interpretada no sentido de que não resta à vítima “*uma alternativa real e aceitável senão submeter-se ao que lhe é proposto*”.⁷⁰

⁶⁷(*Idem*), “*anotação ao artigo 160.º*”, *ob.cit* p.680, nota 10.

⁶⁸(*Idem*), *ob.cit* p. 680, nota 11.

⁶⁹(*Idem*), *ob.cit*, p. 680, nota 12 e ss.

⁷⁰*Apud, ob. cit.* p. 682, nota 12. Ainda neste sentido, Pedro Vaz Patto utiliza alguns exemplos-padrão para demonstrar alguns casos de especial vulnerabilidade. Todavia, é deixada de forma discricionária ao aplicador da lei a interpretação e a identificação de casos enquadráveis na noção de especial vulnerabilidade. Em sentido contrário, Paulo Pinto de Albuquerque identifica como especial vulnerabilidade, casos “*em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*” (artigos 155 n.º1, al.b), 158.º n.º2, al.e) e 218.ºn.º2, al.c)). (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 2ª Edição Actualizada, Universidade Católica, p. 432, nota 10). Em sentido contrário, Taipa de Carvalho é de opinião, que partilho, que subsumir a especial à vulnerabilidade à possível existência de tais critérios – em razão da idade, doença, deficiência ou gravidez – seria atribuir uma interpretação demasiado restritiva ao que verdadeiramente se pretende tutelar.

Quanto à “*obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima*”, o que está em causa, não é o consentimento da vítima, mas de pessoa que sobre ela tenha um efetivo controlo, (al. e)), o qual é exercido sobre alguém dependente, em razão de situação económica, laboral ou familiar. Mesmo que fosse a própria vítima a prestar o consentimento este seria considerado irrelevante, (n.º8).

Relativamente ao crime de tráfico de menor de 18 anos, este é considerado um crime de execução não vinculada, o que significa que pode ser praticado “*por qualquer meio*” (n.º2), não estando dependente do preenchimento das alíneas do n.º1, mantendo-se a pena de prisão de 3 a 10 anos. Todavia, no caso de preenchimento dos meios constantes nas linhas do n.º1 ou no caso de o agente atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, a pena é agravada para 3 a 12 anos de prisão, (n.º3).

Por sua vez, n.º4 prevê a agravação de um terço nos seus limites mínimo e máximo, quando a prática de tráfico resulte das seguintes condutas: ponha em perigo a vida da vítima, i.é., nos casos em que a conduta e as circunstâncias da prática da ação de tráfico põem em causa a vida da vítima (al. a)); e, neste sentido deve ser interpretada a “*especial violência ou (...) danos particularmente graves*”, pressupondo que a intensidade dos atos provocados na vítima são suscetíveis de provocar lesões graves, duradouras ou até que resultem em incapacidades permanentes, (al. b)); tais atos podem ser cometidos quer por “*funcionário no exercício das suas funções*”, i.é., quando sob o agente recai um dever e/ou obrigação, traduzindo-se num crime próprio (al.c)); quer por uma “*associação criminosa*”, i.é., existência de uma entidade com existência prévia à prática de crimes, o crime de associação, constituída no mínimo por três pessoas, atuando concertadamente (al. d)); ou tenha como resultado o “*suicídio da vítima*” (al.e)).

Este tipo legal prevê ainda a punição de outras espécies de tráfico de menor, nomeadamente, o tráfico de menor para adoção (n.º5) e a utilização dos serviços do menor (n.º6). O n.º5 exige a contrapartida patrimonial por parte de quem detém o menor, assim como de quem o solicita, prevendo a moldura penal de 1 a 5 anos de prisão. E o n.º6 criminaliza, por um lado, quem efetivamente faz uso dos serviços do menor, como cliente e, por outro, quem, tendo conhecimento da situação em que o menor se encontra, ainda assim se aproveita dele. No entanto, este n.º6 requer que o agente que solicita os serviços da vítima, saiba realmente que se trata de uma vítima de tráfico, exigindo-se assim um dolo direto. Em sentido diferente, afirma Vaz Patta “*não será abusivo, nem intoleravelmente limitador da liberdade, sancionar quem é*

indiferente ao facto de poder estar a alimentar com a sua conduta um crime de tráfico de pessoas, com todas as consequências que daí decorrem para as vítimas.”⁷¹ A moldura penal a ser aplicada será a de 1 a 5 anos de prisão se outra mais grave não lhe couber.

O n.º7 estabelece uma punição para quem “*retiver, ocultar, danificar ou destruir documento de identificação (...)*”, aplicando uma pena de prisão até 3 anos, considerando que quem comete este crime no âmbito do tráfico de pessoas age com dolo.

A participação no crime de tráfico difere conforme a existência ou não de uma estrutura concertada para a prática do crime e conforme o papel dos intervenientes.

O crime de tráfico em regra é praticado por uma associação criminosa ou, na sua ausência, por um grupo de pessoas que fazem do tráfico modo de vida secundário para a aquisição de lucro. Neste âmbito podemos ter intervenientes que pratiquem o crime a título de participação e outros que, dada a sua posição de superioridade hierárquica, quer na organização, quer sobre a vítima, ajam como autores mediatos ou instigadores do crime, aplicando-se-lhes assim as normas constantes dos artigos 26.º e 27.º.

4.5.2 Artigo 175.º do Código Penal – Lenocínio de menor

O crime de Lenocínio de Menores encontra-se regulado pelo artigo 175.º, e a sua inserção sistemática encontra-se no Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual -, na Secção II – Dos crimes contra a autodeterminação sexual.

O bem jurídico tutelado por este crime é a autodeterminação sexual de menor.

Tal como já foi referido, esta autodeterminação só faz sentido, se entendida em consonância com o bem jurídico da liberdade sexual e livre desenvolvimento da personalidade.

O que se pretende punir é “*(...) a iniciação precoce da actividade sexual de forma pervertida, com a instrumentalização do menor como objecto de prazer, desligado de componentes afectivas (...) – coisificação da vítima.*”⁷²

A vítima do crime de lenocínio de menor só pode ser um menor de 18 anos.

⁷¹Apud, CARVALHO, Américo Taipa de, *ob. cit.*, p.691.

⁷²Apud, LEITE, Inês Ferreira, *ob. cit.* p. 48.

Com esta delimitação etária pretende-se evitar que o menor se dedique ao exercício da prostituição ou seja explorado para esse efeito.

O agente deste crime deve ter pelo menos 16 anos de idade, caso contrário, estamos perante o fenómeno da inimputabilidade em razão da idade, artigo 19.º. A determinação deste limite mínimo dos 16 anos, prende-se com o pressuposto de que o menor, até a essa idade, ainda não desenvolveu a capacidade de avaliação da ilicitude dos seus atos, em consonância com a ausência de maturidade psicológica, emocional e social, razão pela qual, condenar o menor numa pena de prisão, não seria a medida adequada à sua recuperação e futura integração na sociedade.

O crime de lenocínio de menor tem como modalidades do crime o fomento, o favorecimento ou a facilitação do exercício da prostituição, (n.º1). A prática destas modalidades de crime pode ser precedida dos meios constantes nas alíneas a) a e) do n.º2, qualificando assim o tipo de crime.

Entende-se por fomento, a incitação do menor ao exercício da prostituição. Nas palavras de Leal Henriques: “*incitar à corrupção, determiná-la (quando este ainda não exista), agravá-la (se já existe) ou mantê-la (evitando que enfraqueça ou termine quando ainda está em curso).*”

Por sua vez favorecer consiste em “*auxiliar ou apoiar*” o exercício da prostituição do menor. E, por fim, facilitar significa pôr à “*disposição meios ou instrumentos de propagação.*”⁷³

Relativamente à atuação com intenção profissional ou lucrativa, tal verifica-se quando o agente faz desta atividade o seu modo de vida, com uma certa habitualidade ou organização, visando lucros possíveis ou efetivos.⁷⁴

Ainda assim, o que se pretende é a tutela absoluta do menor, logo, prescinde-se da atuação profissional ou lucrativa.

No entanto, a investigação de casos de lenocínio, em que o menor é incapaz psiquicamente, traduz um obstáculo adicional à investigação, pois a sintomatologia pode não ser perceptível.

Estamos perante um crime de resultado, assim sendo, a sua consumação depende do início do exercício da prostituição. Contudo, Paulo Pinto de Albuquerque

⁷³LEAL, Henriques, SIMAS, Santos, Código Penal Anotado II 2000, 427, *apud* DIAS, J. Figueiredo, “*anotação ao artigo 169.º*”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Parte Especial*, Coimbra Editora, 2012, 2ª Edição, p. 806.

⁷⁴DIAS, Maria do Carmo, *ob. cit.* p. 252.

entende que estamos perante um crime de perigo abstrato e de mera actividade⁷⁵, i.é., sendo a conduta descrita, uma conduta perigosa, logo, esta consuma-se automaticamente com a prática do crime. No caso do exercício da prostituição não se efetivar, haverá a mera tentativa do crime de lenocínio de menor, punível pelo artigo 23.º n.º1 em conjugação com o artigo 175.º n.º1 e n.º2.

O exercício da prostituição pressupõe a prática de atos sexuais de relevo com o menor.

O crime de lenocínio caracteriza-se como qualificado em função dos meios utilizados para a consumação do crime, quanto aos objetivos visados e quanto às condições inerentes à vítima, presentes no n.º2 do artigo 175.º.

Quanto aos meios, as circunstâncias qualificativas consistem na violência, na ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta.

Quanto aos objetivos visados, o lenocínio de menor pressupõe que o agente atue profissionalmente ou com intenção lucrativa.

E, por fim, relativamente às condições inerentes à vítima, estas abrangem as situações em que o agente atue com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou quando o agente se aproveita da incapacidade psíquica do menor ou de situação de especial vulnerabilidade.

Face à moldura penal, as condutas previstas no n.º1 “*fomento, favorecimento ou facilitação*” são puníveis com pena de prisão de 1 a 5 anos, já as condutas do n.º2 sofrem uma agravação em função da sua qualificação, puníveis com pena de prisão de 2 a 10 anos.

Para efeitos da agravação da pena, distinguem-se os casos em que a vítima é um menor entre 14 e 16 anos e os casos em que a vítima é menor de 14 anos.

No caso de menor de 14 anos, a pena é agravada para metade, nos seus limites mínimos e máximos, artigo 177.º n.º6. E no caso de menor de 16 anos as penas são agravadas de um terço.

A distinção efetuada é justificada pela “*especial vulnerabilidade do menor (...)* e na ideia de uma *protecção diferenciada em função de diferentes graus do desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual (...)*.”⁷⁶

⁷⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*anotação ao artigo 175.º*”, *ob. cit.*

⁷⁶ ANTUNES, Maria João, “*anotação ao artigo 177.º*”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 892, nota 11.

As condutas acima descritas, quer quanto à forma, quer quanto aos meios, são ainda agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo (artigo 177.º n.º1), se a vítima for ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até segundo grau do agente.

Não é objeto de agravação pelo 177.º b), pois no n.º 2 c) do artigo 175.º, a relação do agente com a vítima já se encontra penalmente tipificada.

5. Concurso de Crimes entre tráfico de menor e lenocínio de menor.⁷⁷

“Os que negam liberdade aos outros não merecem liberdade.”

Abraham Lincoln

Considerando o Direito como uma ordem de convivência humana, com apenas um sentido, o da Justiça, então, o meio para o fazer prevalecer deve conter “*uma pretensão de vigência e eficácia*”, i.e., uma ordem dotada de coercibilidade: “*o direito supõe em princípio uma sanção positiva*” e caso esta não seja a sua essência, é pelo menos da sua natureza.⁷⁸

Deste modo, a pena surge como um meio de tutela ou proteção da ordem social, sem a qual a ordem coerciva não faria sentido.

Como tal, o artigo 71.º n.º1 estabelece a orientação que deve subsumir à medida da pena a aplicar, sendo esta determinada em função da culpa e das exigências de prevenção.

Ora, importante na determinação concreta da pena é a verificação da ocorrência ou não da conexão de factos em concurso, da existência ou não de qualquer relação entre uns e outros, e ainda a natureza e gravidade dos crimes praticados e das penas que lhes correspondem. Feita tal determinação, há ainda que a ponderar em função da personalidade do agente, analisando se o ilícito global é ou não resultado de tendência criminosa do agente, de modo a fixar a medida concreta da pena dentro da moldura penal do concurso.

Na prática do crime de tráfico em consonância com a prática de lenocínio, podem ocorrer diferentes situações.

⁷⁷Na análise do crime de tráfico há que ter em consideração que o procedimento criminal pode ser autónomo relativamente a cada crime, alternativo ou cumulativo, tal como podem existir outros crimes subjacentes ao tráfico. E, neste âmbito, de acordo com *o Manual contra o Tráfico de Pessoas para Profissionais do Sistema de Justiça Penal, Nações Unidas*, (2009, pag.26 e ss): “*Deverão ser utilizados os crimes conexos como acusações autónomas, para aumentar as hipóteses de obter uma condenação. Se o crime de tráfico de pessoas estiver tipificado, os crimes conexos são particularmente úteis em situações em que não se tenham recolhido provas suficientes para deduzir uma acusação de tráfico ou quando não se tenha recolhido prova suficiente para a dedução de uma acusação pela prática daquele crime. A prova poderá porém ser suficiente para proceder criminalmente contra alguns factos autónomos ou crimes associados, Mesmo que inicialmente se escolha proceder criminalmente contra o crime de tráfico de pessoas, se as provas recolhidas não forem suficientes para sustentar uma acusação por este crime, estas poderão, todavia, ser suficientes para obter uma condenação pelos crimes conexos. Por conseguinte, os crimes que estão normalmente associados ao tráfico podem também ser invocados.*” Disponível na internet: <http://cortaarede.umarfeminismos.org/images/documentos/Manual%20contra%20o%20tr%20C3%A1fico%20de%20pessoas%20para%20profissionais%20do%20sistema%20de%20justi%20C3%A7a%20penal.pdf>

⁷⁸Machado, João Baptista, “*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*”, Almedina, Setembro 2004, p. 33.

Podemos ter um agente do crime ou vários, i.e, podemos ter o agente que pratica a ação de tráfico (artigo 160.º), o agente que incita à exploração (artigo 175.º) e ainda o agente que recorre à exploração (artigo 174.º), o designado cliente.

Nesta hipótese, não existem dúvidas quanto à aplicação da pena, pois, sobre cada um recairá uma medida penal de acordo com a sua intervenção no caso.

Entende-se que surge um concurso de crimes sempre que, da avaliação global do comportamento do agente resulte que se preenche mais do que um tipo legal de crime, previsto em mais do que uma norma ou várias vezes essa mesma norma (artigo 30.º n.º1).

Nesse caso, podemos ter um concurso de crimes efetivo, puro ou próprio quando “*se verifica uma pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global*” e ainda um concurso aparente, impuro ou impróprio, se “*no comportamento global, se verifica uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros sentidos de ilícito concorrentes, mas assim dominados, subordinados, dependentes ou acessórios.*”⁷⁹

Há que analisar cada hipótese onde pode ocorrer um concurso de crimes.

No caso de um agente que pratique a ação de tráfico, consciente de que o menor será explorado sexualmente por terceiro, mas acaba por ser esse mesmo agente a explorar o menor, incitando-o à prostituição, Taipa de Carvalho é de opinião que estaremos perante um concurso efetivo de crimes, respondendo o agente quer pelo crime de tráfico, quer pelo crime de lenocínio de menor.

Neste mesmo sentido, Figueiredo Dias afirma estarmos “*perante a protecção em ambos os casos, do bem jurídico da liberdade da pessoa, protegem-se manifestações/expressões diferentes, dessa liberdade pessoal: num caso, a liberdade de acção ou de decisão; no outro, a liberdade sexual.*”⁸⁰

Deparamo-nos com um concurso efetivo, próprio ou puro contido no artigo 30.º n.º1, concurso considerado heterogéneo, sempre que sejam diferentes os crimes que compõem o comportamento global.

Aplica-se o regime punitivo contido no artigo 77.º n.º2, determinando-se a soma das penas a aplicar aos diferentes crimes, para a determinação do limite máximo da pena concreta mais grave do concurso de crimes, prevista no artigo 30.º n.º1.

⁷⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 1005.

⁸⁰RODRIGUES, Anabela Miranda, “*Incriminação do Tráfico de Pessoas (...)*” *ob. cit.*, p.584.

Caso diferente será o do agente que pratique a ação de tráfico, visando com tal ato explorar posteriormente o menor.

Uma parte da doutrina, onde se insere Figueiredo Dias, defende que estamos perante um crime-meio (o crime de tráfico) e um crime-fim (o crime de lenocínio), considerando que o crime-meio é instrumental do crime fim, i.e, como o crime de tráfico é o ato que está subjacente ao objetivo pretendido, logo, o que domina é o crime-fim e, entendendo-se assim que estamos perante um concurso aparente.

Figueiredo Dias diz-nos que na figura do concurso aparente, a ilicitude dos atos se conexiona, entendendo-se que tal comportamento é dominado por um único sentido autónomo de desvalor jurídico-social, configurando “*uma pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes efectivamente cometidos*”⁸¹

Figueiredo Dias utiliza quatro critérios para a determinação da unidade de crimes.

O primeiro critério refere-se à “*unidade de sentido do sucesso ilícito global*”, onde o agente pretendendo explorar sexualmente a vítima, usa o meio tráfico, para atingir esse objetivo. Para este autor, torna-se irrelevante se o agente, antes da pratica da sua ação, já tinha planeado a utilização do meio para atingir o fim, ou se esse meio foi cogitado posteriormente. Do mesmo modo, também se torna irrelevante que entre os bens jurídicos atingidos exista algum tipo de afinidade.⁸²

O segundo critério refere-se ao crime instrumental ou crime-meio, onde o “*ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos*”.⁸³

Um terceiro critério é o da unidade do desígnio criminoso. Este autor entende que uma unidade ou pluralidade de resoluções pode ser relevante para aferição de existência de um concurso aparente. E neste sentido, a unidade ou pluralidade de resoluções pode conferir um sentido unitário do ilícito.⁸⁴

⁸¹ ANDRADE, João Costa, “*Da Unidade e Pluralidade dos Crimes, Doutrina Geral e Crimes Tributários*”, Coimbra Editora, 2010, p. 235.

⁸² (*idem*), *ob.cit.*, p.239.

⁸³ (*idem*), *ob.cit.*, p. 243.

⁸⁴ (*idem*), *ob.cit.*, p. 244.

O quarto critério é o da “*conexão espaço-temporal das realizações típicas*”, em que a proximidade espaço-temporal da realização do ilícito pode traduzir um sentido unitário desse mesmo ilícito, para efeitos de concurso aparente.⁸⁵

Por fim, o quinto critério refere-se aos “*diferentes estádios de evolução ou intensidade da realização global*” e surge no contexto da concorrência de sentidos ilícitos realizados e da determinação do sentido do ilícito dominante.⁸⁶

Contudo, no concurso aparente ocorrem situações em que o ilícito designado dominado (o crime de tráfico), prevê a aplicação de uma pena mais elevada do que a prevista no ilícito dominante (crime de lenocínio), devendo então aplicar-se a moldura penal mais grave.

Nestes casos, estamos perante a designada consumpção impura.

Para Eduardo Correia, a existência de uma consunção depende da existência de tipos de crime numa relação de superioridade de um face ao outro e depende ainda do esgotamento da proteção desses bens jurídicos. Porém, na consunção impura, entende este autor que não se pode falar em hierarquia de tipos de crime, visto que o “*legislador não considerou convenientemente o delito fundamental quando descreveu o crime qualificado, pelo que a possível aplicação do crime qualificado não pode excluir a do crime fundamental*”. Para este autor, o delito fundamental consome também a proteção visada pelo tipo qualificado. Assim, de acordo com o princípio *ne bis in idem*, deve aplicar-se a pena que traduza a “*punição mais completa e perfeita*” do tipo legal violado.⁸⁷

Para outra parte da doutrina, como Taipa de Carvalho, estamos perante um concurso efetivo, respondendo o agente pelos dois crimes cometidos, i.é., o crime de tráfico e o crime de lenocínio.

Este autor entende ainda que o concurso entre tráfico e lenocínio de menor deve ser interpretado por analogia com o crime de rapto.

O crime de rapto (consumado) não exige a consumação do crime-fim, bastando-se com a finalidade ou intenção de o praticar, respondendo assim o agente pelo concurso efetivo: pelo crime de rapto e pelo crime-fim.

Considerando as particulares exigências de prevenção e de dissuasão destes tipos de crime, e tendo presente os seus efeitos nas vítimas menores, traduzindo uma

⁸⁵(*idem*), *ob. cit.*, p. 245

⁸⁶(*idem*), *ob. cit.*, p. 245

⁸⁷(*idem*), *ob. cit.*, p. 250 e ss.

clara violação da dignidade humana, obstando à livre realização da personalidade e desenvolvimento do menor, considero que o concurso efetivo de crimes traduz a aplicação adequada da pena a aplicar ao agente. O agente do crime responde, assim, quer pelo crime de tráfico, quer pelo crime de lenocínio de menor, pois atenta-se aos verdadeiros danos provocados pelas condutas, i.é, uma pluralidade de ofensas sobre diferentes bens jurídicos. Importa reter que, subsumíveis ao crime de tráfico e exploração sexual, existem ainda diferentes tipos de crime praticados sobre o menor, tais como a pornografia, o rapto, a falsificação de documentos, o abuso sexual, ofensa à integridade física grave, e outros, que também lesam diferentes bens jurídicos. E, neste âmbito, através da análise individual dos factos, dos bens jurídicos lesados e, ainda, da pena correspondente a cada um, é que se torna possível punir de acordo com a verdadeira dimensão e gravidade os crimes perpetrados pelo agente.

Conclusão

O crime de tráfico de pessoas tem vindo a aumentar, principalmente no que se refere ao tráfico de crianças, consideradas o alvo mais fácil.

No entanto, apesar da presença deste tema nos diferentes organismos nacionais e internacionais, as medidas e os esforços implementados ainda estão longe do que se considera essencial para a eliminação deste flagelo.

Apesar deste fenómeno não conhecer fronteiras, a verdade é que existe em maior número em países subdesenvolvidos.

Assim sendo, os esforços para a erradicação deste crime, não devem limitar-se quer à implementação de medidas, quer à atuação de entidades policiais na busca das redes de associações criminosas, mas sim, devem alargar-se a políticas governamentais de erradicação da pobreza, promovendo melhor qualidade de vida.

O tráfico constituiu uma grave violação dos Direitos Humanos e, quando associado à prática de lenocínio de menor, transforma-se num crime ainda mais hediondo.

Na ordem jurídica nacional há que enaltecer os esforços na incriminação do crime de tráfico e do crime de lenocínio de menor, principalmente com a recente alteração da lei n.º60/2003 de 23 de Agosto, que alargou o âmbito de exploração e elevou as penas em certos casos mais graves (n.4).

Tais esforços também estão patentes na evolução do bem jurídico, tutelando-se atualmente a liberdade pessoal e liberdade sexual, autênticas manifestações da dignidade humana.

Mas será que tais esforços chegam?

Considerando as vítimas menores, onde os danos são na maioria das vezes irreparáveis, deviam também reforçar-se as medidas restritivas do controlo fronteiriço, pois apesar de Portugal não ser um país de destino, é no entanto um país de trânsito.

A nível estatístico, é difícil determinar o número de crianças traficadas para fins de exploração sexual, visto que o tráfico é um fenómeno complexo e com variados fins.

Porém, na criminalização deste crime, somos confrontados por posições doutrinárias e jurisprudenciais distintas.

Ora, não podemos esquecer que estamos perante vítimas menores, fragilizadas, onde o dano é imediato, profundo e duradouro. Logo, não deve o aplicador da lei ser

insensível e brando, devendo aplicar as penas correspondentes a cada crime, de modo a permitir que se faça justiça protegendo os diferentes bens jurídicos lesados. Assim, havendo a prática quer de tráfico quer de lenocínio por parte de um mesmo agente defendo a presença de um concurso efetivo de crimes.

Deste modo, se faz prevalecer o artigo 7.º da Declaração Universal dos Deveres Humanos: “*Toda pessoa é infinitamente preciosa e deve ser protegida incondicionalmente*”.⁸⁸

⁸⁸A Declaração Universal dos Deveres Humanos foi criada em 1997 no Interaction Council presidido de antigos chefes de Estado e de Governo, como Maria de Lourdes Pintasilgo, V. Giscard d'Estaing, Kenneth Kaunda, Felipe González, Mikhail Gorbachev, Shimon Peres, Takeo Fukuda, Helmut Schmidt, e o destacado o teólogo Hans Küng. Trata-se de uma Declaração com natureza ética, não vinculativa. Disponível em http://interactioncouncil.org/sites/default/files/pt_udhr.pdf

Monografias

ANTUNES, Maria João, anotação ao artigo 177.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, anotação ao artigo 160.º, Comentário ao Código Penal, à Luz da Constituição da República Portuguesa e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Edição atualizada, 2010, Universidade Católica Editora.

_____, anotação ao artigo 175.º, Comentário ao Código Penal, à Luz da Constituição da República Portuguesa e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Edição atualizada, 2010, Universidade Católica Editora

ALFAIATE, Ana Rita, A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, João Costa, Da Unidade e Pluralidade dos Crimes, Doutrina Geral e Crimes Tributários, Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003.

CARVALHO, Américo Taipa de, Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

_____, anotação ao artigo 154.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

_____, anotação artigo 160.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

_____, anotação ao artigo 161.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, “*Constituição e Crime*”, Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Estudos e Monografias, Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora, 1995.

DIAS, Jorge Figueiredo, Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FDias.pdf)

_____, Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais A Doutrina do Crime, Tomo I, 2ª Edição Coimbra Editora, 2011.

_____, anotação ao artigo 163.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

Global Report on Trafficking in Persons 2012, United Nations Office and Drugs and Crime (UNODC).

(http://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_TIP/Publicacoes/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf)

LEAL, Henriques, SIMAS, Santos, anotação ao artigo 169.º, Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2012.

MACHADO, João Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso do Legitimador, Almedina, 2004.

Manual contra o Tráfico de Pessoas para Profissionais do Sistema de Justiça Penal, Nações Unidas, 2009.

(<http://cortaarede.umarfeminismos.org/images/documentos/Manual%20contra%20o%20tr%C3%A1fico%20de%20pessoas%20para%20profissionais%20do%20sistema%20de%20justi%C3%A7a%20penal.pdf>)

Manual core. Para o Entendimento de Crianças Vítimas de Violência Sexual parte I – Compreender, Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV). (http://www.apav.pt/pdf/core_compreender.pdf)

Relatório Anual do Tráfico de Seres Humanos 2012, Ministério da Administração Interna, Observatório do Tráfico de Seres Humanos, Maio 2013.

(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/OTSH_Relatorio_Anual_TSH_vII.pdf)

RODRIGUES, Anabela Miranda,

_____, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias, Vol. III – A incriminação do Tráfico de Pessoas no Contexto da Política Criminal Contemporânea.

_____, “A determinação da medida da pena”, Coimbra Editora, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa, GOMES, Conceição, DUARTE, Madalena, BAGANHA, Maria Ioannis, Tráfico de Mulheres em Portugal para fins de exploração sexual, CIG, 2009.

“*Trafficking in Persons Report*”, Department of State, United States of America, June 2010. (<http://www.state.gov/documents/organization/142979.pdf>)

United Nations Children’s Fund, “*Situação Mundial da Infância, Crianças em Mundo Urbano*”, UNICEF 2012. (http://www.unicef.org/brazil/pt/PT-BR_SOWC_2012.pdf)

Revistas

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, Revista do CEJ, “*Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores*”, 1º Semestre n.º15.

DUARTE, Dias Jorge, Revista do Ministério Público, “*Tráfico e exploração sexual de mulheres*”, n.º85, Ano 22º, Janeiro a Março de 2001.

LEITE, Inês Ferreira, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, “*A tutela penal da liberdade sexual*”, n.º1, Ano 21, Janeiro-Março 2011.

PATTO, Pedro Marinho Godinho Vaz, Revista do CEJ, VIII, “*Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*” 1º Semestre, n.º8, 2008.

SIMÕES, Euclides Dâmaso, Revista do Ministério Público, “*Tráfico de Pessoas: Breve Análise da Situação em Portugal – Notícias do novo protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*”, n.º91, Ano 23, Julho a Setembro 2002.

Instrumentos Jurídicos

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Carta Internacional dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Constituição da República Portuguesa, Almedina, 2008.

Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças de 1989.
(http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)

Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional, adotada em 15 de Novembro de 2000.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Convenção Suplementar de Genebra de 1956.
(<http://www.gddc.pt/siii/docs/dl42172.pdf>)

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção de Crianças contra a Exploração Sexual e Abusos Sexuais de 25 Outubro de 2007.
(<http://dre.pt/pdfgratis/2012/05/10300.pdf>)

Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos de 16 de Maio de 2005.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 3 de Setembro de 1953.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Declaração Universal dos Deveres do Homem de Setembro de 2007.
(http://interactioncouncil.org/sites/default/files/pt_udhr.pdf)

Decisão-Quadro do Conselho 2001/220/JAI de 15 de Março relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai->

[decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5\)](#)

Directiva 2004/81/CE do Conselho de 29 de Abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes.

(<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0019:0023:PT:PDF>)

Directiva 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.

(<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>)

Directiva 2011/92/UE de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:PT:PDF>)

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado pela Conferência Diplomática em Roma a 17 de Julho de 1998.

(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças das Nações Unidas, resolução da Assembleia Geral 55/25 Anexo III, adotada a 15 de Novembro de 2000. (<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>)

Lei n.º45/2011 de 24 de Junho, Cria, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA).

(<http://dre.pt/pdf1s/2011/06/12000/0374103744.pdf>)

Medidas de Combate à Criminalidade Organizada, Lei n.º5/2002 de 11 de Janeiro. (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis)

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de mulheres e crianças de 29 de Setembro de 2003.
(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas na sua Resolução A/RES/54/263 de 25 de Maio de 2000.

(http://www.otsh.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Coletanea_5.pdf)

Tratado da União Europeia de 7 de Fevereiro de 1992.