

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

Exmo. Senhor
Dr. Fernando Negrão
Ilustre Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias da
Assembleia da República

V/Ref. Ofc.nº820/XII/1ª-CACDLG/2013 de 27/06/2013
N/Ref. Ent. 14861 de 28/06/2013

Assunto: Solicitação de parecer sobre a Proposta de Lei nº 158/XII/2ª (GOV) e os
Projectos de Lei nºs.426/XII/2ª (PCP) e 427/XII/2ª (PSD/CDS-PP)

Exmo. Senhor Presidente

Junto envio os Pareceres da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei e os
Projectos de Lei, em assunto, conforme solicitado pelo V/ofício de 27 de Junho p.p..

Com os melhores cumprimentos

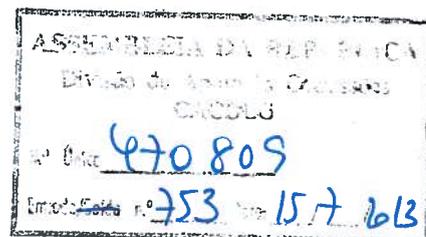
✓ a minha consideração.

A. Marinho e Pinto

António Marinho e Pinto
(Bastonário)

B234/2013

Lx.11/07/2013





Parecer da Ordem dos Advogados

(Projecto de Lei n.º 427/XII/2ª [PSD/CDS-PP] – "Altera o Código Penal, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, transpondo para a Ordem Jurídica Interna a Directiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho").

I

Motivação e sentido das alterações propostas pelo projecto de lei

O Projecto de Lei n.º 427/XII/2ª (PSD/CDS-PP) apresentado, por deputados do Partido Social Democrata e do CDS-PP, visa efectuar a transposição da Directiva 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, mas atém-se, no essencial, ao conceito mais amplo de tráfico de seres humanos que aquele acto normativo comunitário veio consagrar, pois, como se faz notar, logo no início da exposição de motivos do projecto de lei, "*Este instrumento, seguindo a filosofia da Convenção sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, do Conselho da Europa, adota um conceito mais amplo do que a Decisão-Quadro 2002/629/JAI, passando a incluir novas formas de exploração.* "

Essas *novas formas de exploração* que a Directiva 2011/36/UE vem incluir num conceito mais amplo de tráfico de seres humanos são a *mendicidade forçada, a exploração de atividades criminosas*, que deverá ser entendida como a exploração de uma pessoa com vista, nomeadamente, à prática de pequenos furtos ou roubos, tráfico de droga e outras atividades semelhantes que sejam ilícitas e lucrativas, e o *tráfico de seres humanos para efeitos de remoção de órgãos* – cfr. considerando (11) e n.º 3 do art. 2.º da Directiva.



Mais adiante na exposição de motivos, considera-se que o ordenamento jurídico português já acolhe a grande maioria das orientações normativas preconizadas pela Directiva 2011/36/UE, embora também logo se reconheça que *"importa torná-lo o mais eficaz possível, atendendo especificamente quer aos fluxos internacionais de tráfico, quer aos objetivos dos instrumentos de direito internacional aos quais Portugal se encontra vinculado nesta matéria"*.

Todavia, apesar de reconhecer a necessidade de tornar o ordenamento jurídico interno mais eficaz no combate ao tráfico de seres humanos, o projecto de lei faz uma transposição muito minimalista da Directiva 2011/36/UE, cingindo as orientações normativas que retira desta última e cuja transposição propõe a três aspectos, o primeiro deles para introduzir alterações no art. 160.º do Código Penal relativo ao crime de tráfico de pessoas e os dois restantes para tornar aplicáveis a este mesmo crime o disposto na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

No que respeita à alteração do art. 160.º do Código Penal, o projecto de lei propõe, por um lado, o alargamento do conceito de tráfico de pessoas aí previsto para o harmonizar e adaptar ao conceito de tráfico de seres humanos que resulta do art. 2.º da Directiva 2011/36/UE, pois, como se refere na exposição de motivos do projecto de lei, *"... alarga-se o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas para qualquer tipo de exploração. O escopo da intervenção do artigo 160.º do Código Penal deixa, assim, de estar limitado a formas de exploração específicas, que passam a ter natureza exemplificativa."*

E, por outro e no que se afigura ser uma aparente e excessiva transposição do disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 4.º da Directiva 2011/36/UE, o projecto de lei agrava de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, as penas previstas no referido art. 160.º do Código Penal, se qualquer das condutas nele punidas:



- a) *Tiver colocado em perigo a vida da vítima;*
- b) *Tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções; ou*
- c) *Tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa.*

E disse-se aparente e excessiva transposição, dado que o disposto no n.º 2 do art. 4.º da Directiva postula a punição das infracções de tráfico de seres humanos, cometidas nas situações aí enunciadas, com penas máximas com duração de, pelo menos, dez anos de prisão e esta duração máxima já está prevista para as infracções previstas e punidas, respectivamente, nos n.ºs 1 e 2 do art. 160.º do Código Penal.

Além disso, de acordo com o estabelecido no n.º 3 do art. 4.º da Directiva, a circunstância de qualquer das condutas punidas, como tráfico de seres humanos, ter sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções deve ser considerada, como agravante, e não como objecto de uma nova moldura penal, como resulta da alínea b) do novo n.º4 proposto para o art. 160.º do Código Penal .

No domínio do processo penal, o projecto de lei propõe, por um lado, *a inserção do crime de tráfico de pessoas no catálogo de crimes da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro*, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, e cuja aplicação ao dito crime de tráfico de pessoas vem permitir, portanto, a quebra do segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda electrónica, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal, o controlo de contas bancárias e de contas de pagamento e o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado, mas com observância do disposto no art. 188.º do Código de Processo Penal – cfr. n.º 3 do art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.



E ainda no domínio do processo penal, o projecto de lei também propõe a inserção do crime de tráfico de pessoas no conjunto dos crimes abrangidos pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, relativa ao regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.

II

Algumas questões suscitadas pelo projecto de lei

O projecto de lei condensa e esgota, nas três vertentes de alterações legislativas acabadas de referir, todo o conjunto de orientações normativas que integram a mencionada Directiva 2011/36/UE, de 5 de Abril, o que se afigura ficar muito aquém dos fins visados, pela Directiva em questão, para reforçar a prevenção dos crimes no domínio do tráfico dos seres humanos e a protecção das suas vítimas – cfr. art. 1º da Directiva.

Na verdade e sem a preocupação de se ser exaustivo, a Directiva 2011/36/UE impõe obrigações aos Estados-Membros, entre outras, sobre as seguintes matérias.

Em primeiro lugar, em matéria de responsabilidade das pessoas colectivas, pois, nos termos do disposto no art. 5º da Directiva 2011/36/UE, a responsabilidade penal das pessoas colectivas pelo crime de tráfico de seres humanos deve verificar-se quer a vítima seja menor, quer seja maior.

Porém, o art. 11º do Código Penal estabelece a responsabilidade das pessoas colectivas, entre outros, com referência ao crime de tráfico de pessoas, previsto e punido no art. 160.º, mas apenas "*sendo a vítima menor*" – cfr. n.º 2 do art. 11.º do Código Penal.

Afigura-se, por isso, que deverá alargar-se a responsabilidade penal das pessoas colectivas em relação ao crime de tráfico de pessoas, de modo a abranger as situações em que as vítimas não sejam menores.



Em segundo lugar, também não é transposto e garantido o determinado no art. 8º da Directiva 2011/36/UE, isto é, a não aplicação de sanções às vítimas de tráfico de seres humanos pela sua participação em actividades criminosas que tenham sido forçadas a cometer como consequência directa de estarem submetidas a qualquer dos actos referidos no artigo 2.º da Directiva.

Isto é, se a vítima é explorada e utilizada para cometer actividades criminosas, a mesma não deverá ser sujeita a sanções pela prática dessas actividades delituosas.

Porém, nada é transposto para o ordenamento interno sobre esta matéria.

Em terceiro lugar, afigura-se que também carecem de regulação, mais focada e dirigida para a situação específica das vítimas do crime de tráfico de pessoas, *as medidas necessárias que os Estados-Membros devem tomar*, em cumprimento do disposto no n.º 1 do art. 11º da Directiva, *para garantir que seja prestada assistência e apoio às vítimas antes, durante e, por um período de tempo adequado, após a conclusão do processo penal, a fim de lhes permitir exercer os direitos estabelecidos na Decisão-Quadro 2001/220/JAI e na presente directiva.*

Na verdade, nos termos do previsto no n.º3 do referido art. 11º, *os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que a prestação de assistência e apoio a uma vítima não dependa da sua vontade de cooperar na investigação criminal, na acção penal ou no julgamento, sem prejuízo da Directiva 2004/81/CE ou de regras nacionais semelhantes* (sublinhado nosso).

E, por força do estabelecido no n.º 5 do mesmo art. 11.º, *as medidas de assistência e apoio referidas nos n. os 1 e 2 devem ser prestadas numa base consensual e informada, devendo proporcionar, pelo menos, níveis de vida que possam assegurar a subsistência das vítimas, nomeadamente o seu alojamento condigno e seguro e assistência material, bem como o tratamento médico necessário, incluindo assistência psicológica, o aconselhamento e informação, e a tradução e interpretação quando necessárias* (sublinhado nosso).



Além disso, embora no considerando (10) da Directiva 2011/36/UE, se declare que "A presente directiva não prejudica o princípio **da não repulsão** nos termos da *Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra)* e respeita o disposto no artigo 4.º e no n.º 2 do artigo 19.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* " (negrito nosso), afigura-se que, independentemente das medidas de assistência e de apoio previstas no art. 11º da referida Directiva, também deverá ser ponderada e consagrada a possibilidade de concessão de autorização temporária de residência a vítimas de crime de tráfico de pessoas, pois devolvê-las aos respectivos países de proveniência, após a tramitação do eventual processo penal, é "**atirá-las e entregá-las**", de novo, às redes que já as exploraram e traficaram, como pessoas.

Há assim matérias que, salvo melhor opinião, carecem de ser transpostas para assegurar uma efectiva implementação, no ordenamento interno, das orientações normativas estabelecidas, através da Directiva 2011/36/UE.

A última nota diz respeito ao que se afigura constituir um excesso de incriminação no novo n.º 2 proposto para o art. 160º do Código Penal.

O projecto de lei propõe a seguinte redacção para o art. 160.º do Código Penal:

«Artigo 160º

(...)

1 – *Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a escravidão ou a extração de órgãos:*

- a) (...);
- b) (...);
- c) (...);



d) (...); ou

e) (...);

(...).

2 – *A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a escravidão, a extração de órgãos ou a adoção.*

3 – (...).

4 – *As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta neles referida:*

d) *Tiver colocado em perigo a vida da vítima;*

e) *Tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções; ou*

f) *Tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa.*

5 – [Anterior n.º 4].

6 - [Anterior n.º 5].

7 – [Anterior n.º 6].

8 - *O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto.»*

No novo n.º2, prevê-se que a mesma pena do n.º 1 é aplicada " a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a escravidão, a extração de órgãos ou a adoção ." (sublinhados nossos) .

Isto é, quem transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor para fins de adoção comete um crime de tráfico de pessoas, o que se afigura absurdo e inaceitável, pois o transporte, alojamento e acolhimento de menor, para fins de poder vir a ser adoptado não são actos ilícitos e sujeitos a sanção penal, mas com a redacção proposta para o referido n.º 2 passam a constituir crime de tráfico de pessoa menor.



Isto sucede porque se pretendeu incluir a adopção nas formas de exploração objecto do tráfico de pessoas.

Porém, a **adopção de menores**, como exploração e tráfico de pessoas, já se encontra prevista e punida no actual n.º 4 do art. 160.º do Código Penal, que o projecto de lei mantém, passando-o a n.º 5, sendo a redacção do actual n.º 4 a seguinte:

" 4 - Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. "

Ou seja, a adopção já é considerada como crime de tráfico de pessoas, quando seja levada a cabo como uma forma de exploração lucrativa do próprio menor adoptando, mediante pagamento ou outra contrapartida.

O que haverá a alterar, no actual n.º 4 do art. 160.º do Código Penal, por força do disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 4º da Directiva 2011/36/UE (" 2. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções referidas no artigo 2. o sejam puníveis com penas máximas com duração de, pelo menos, dez anos de prisão, caso a infracção: a) Tenha sido cometida contra uma vítima particularmente vulnerável, o que, no contexto da presente directiva, inclui no mínimo as vítimas que forem crianças; " (negrito nosso)) é a duração máxima da pena de 5 anos aí prevista que deverá passar para 10 anos, no mínimo.

Devendo manter-se a redacção do actual n.º 2 do art. 160.º do Código Penal, pois a referência a *transporte, acolhimento e alojamento de menor* é aí feita, e bem, **apenas** em relação a fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos, devendo apenas acrescentar-se, em relação a fins, a utilização do menor para a prática de actividades crfiminosas.



III

Em conclusão

A Ordem dos Advogados considera que:

- 1- O projecto de lei procede a uma transposição minimalista da Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, pois há várias matérias que, salvo melhor opinião, carecem de ser transpostas para assegurar uma efectiva implementação, no ordenamento interno, das orientações normativas estabelecidas, através da referida Directiva.
- 2- Na verdade, nos termos do disposto no art. 5º da Directiva 2011/36/UE, a responsabilidade penal das pessoas colectivas pelo crime de tráfico de seres humanos deve verificar-se quer a vítima seja menor, quer seja maior, mas o n.º 2 do art. 11º do Código Penal estabelece a responsabilidade das pessoas colectivas, com referência ao crime de tráfico de pessoas, previsto e punido no art. 160.º, apenas "*sendo a vítima menor*".
- 3- Também não é transposto e garantido o determinado no art. 8º da Directiva 2011/36/UE, isto é, a não aplicação de sanções às vítimas de tráfico de seres humanos pela sua participação em actividades criminosas que tenham sido forçadas a cometer como consequência directa de estarem submetidas a qualquer dos actos referidos no artigo 2.º da Directiva.
- 4- Em terceiro lugar, também se afigura que carecem de concretização e de especificação, no ordenamento interno, as medidas necessárias, que o Estado português deve tomar, para dar cumprimento ao disposto no n.º 1 do art. 11º da Directiva 2011/36/UE, para garantir que seja prestada assistência e apoio às vítimas

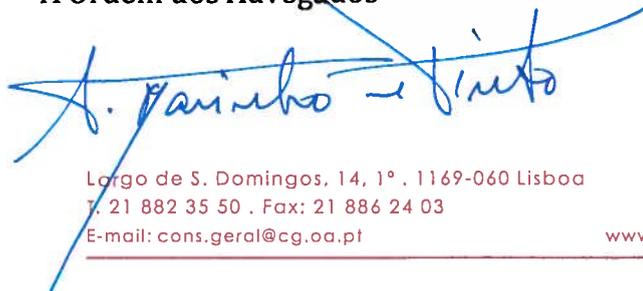


antes, durante e, por um período de tempo adequado, após a conclusão do processo penal, a fim de lhes permitir exercer os direitos estabelecidos na Decisão-Quadro 2001/220/JAI e na própria Directiva 2011/36/UE.

- 5- Pois, de acordo com o estabelecido no n.º 5 do referido art. 11.º da Directiva 2011/36/UE, essas medidas de assistência e de apoio devem proporcionar, pelo menos, níveis de vida que possam assegurar a subsistência das vítimas, nomeadamente o seu alojamento condigno e seguro e assistência material, bem como o tratamento médico necessário, incluindo assistência psicológica, o aconselhamento e informação, e a tradução e interpretação quando necessárias.
- 6- Mas, independentemente das medidas de assistência e de apoio previstas no art. 11º da referida Directiva, também deverá ser ponderada e consagrada a possibilidade de concessão de autorização temporária de residência a vítimas de crime de tráfico de pessoas, pois devolvê-las aos respectivos países de proveniência, após a tramitação do eventual processo penal, é "**atirá-las e entregá-las**", de novo, às redes que já as exploraram e traficaram, como pessoas.
- 7- Por último, também se afigura existir excesso de incriminação no novo n.º 2 proposto para o art. 160º do Código Penal, dado que daí resulta que comete um crime de tráfico de pessoas quem transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor para fins de adoção, o que se afigura absurdo e inaceitável, pois o transporte, alojamento e acolhimento de menor, para fins de poder vir a ser adoptado não são actos ilícitos e sujeitos a sanção penal.

Lisboa, 11 Julho 2013

A Ordem dos Advogados



Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa
T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 24 03
E-mail: cons.geral@cg.aa.pt